

GIOVANA ALVES CAMPOS

**LEGISLAÇÕES INDÍGENAS E A QUESTÃO DA TUTELA
NOS DIAS DE HOJE**

BRASÍLIA

2011

GIOVANA ALVES CAMPOS

**LEGISLAÇÕES INDÍGENAS E A QUESTÃO DA TUTELA
NOS DIAS DE HOJE**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. René Marcos

BRASÍLIA

2011

Dedico este trabalho especialmente à minha mãe, por todo apoio e compreensão, a toda minha família e amigos por todo carinho e incentivo, e ao meu orientador René, que com toda a sua paciência me ajudou muito.

RESUMO

Este trabalho foi realizado com a expectativa de entender melhor as questões relativas aos povos indígenas nos dias de hoje, questões estas referentes ao processo de regularização fundiária das terras indígenas e a tutela, como elementos pós-coloniais. Começando o estudo no Brasil colonial, passando por suas legislações e depois desconstruindo o período pós-colonial e os seus mecanismos de proteção ao direito indígena, como o advento da Constituição de 1988, que representa um marco nos direitos indígenas, terminando na questão da tutela e os seus regimes tutelares.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Povos Indígenas; Regularização Fundiária; Legislação Indigenista; Pós-Colonial; Constituição de 1988; Tutela.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 HISTÓRIA DO INDÍGENA NO BRASIL	9
1.1 História do indígena no Brasil colonial.....	9
1.2 Legislação indígena até 1891.....	12
1.3 De 1891 até a Constituição de 1988	23
2 ADMINISTRAÇÃO PÓS-COLONIAL DA DIFERENÇA NO BRASIL	30
2.1 A Constituição de 1988 e o tratamento jurídico da pluralidade.....	30
2.2 O processo de regularização fundiária das terras indígenas	37
2.3 Identidade étnica na contemporaneidade.....	45
3 TUTELA INDÍGENA.....	51
3.1 Tutela e os regimes tutelares.....	51
3.2 A tutela como um elemento pós-colonial	59
CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

A idéia deste trabalho surgiu da explícita necessidade de entender as questões pertinentes às relações dos povos indígenas com a sociedade nacional, tendo em vista as inúmeras legislações existentes que tentaram, e ainda tentam hoje explicar quem é o índio e quais são os seus direitos.

O conteúdo dessa pesquisa foi desenvolvido a partir de vários conceitos, autores e posições sobre a questão indígena, tratando de sua história desde o descobrimento até os dias atuais, buscando na legislação definições desses direitos, que muitas vezes foram tratados, mas que nem sempre beneficiaram e jamais emanciparam as populações indígenas.

Primeiro faço um breve relato do período do descobrimento do Brasil, passando em seguida para as legislações indígenas até a primeira Constituição Republicana de 1891. Mostro que esta carta nada trouxe em termos de inovação em relação as tradicionais relações coloniais de dominação nas quais os povos indígenas se viram desde o descobrimento enredados e particularmente nas legislações anteriores. Considera-se mesmo essa Constituição um retrocesso a todo tratamento que já havia sido dado aos índios, durante todo esse período.

Posterior a essa legislação, surgem inúmeras leis e decretos, que tentam regulamentar os direitos indígenas e a tutela sobre esses povos. Dentre as legislações especializadas desse período aqui designado como pós-colonial, surge então os órgãos criados especificamente para cuidar dos interesses indígenas, como o SPI (Serviço de Proteção ao Índio) em 1910, e futuramente em 1967 a FUNAI (Fundação Nacional do Índio), com o intuito de tutelar os direitos indígenas.

Com o fim de regulamentar de forma mais direta a questão indígena, é criado em 1973 o Estatuto do Índio, que traz o conceito de índio e população indígena, assim como a sua intenção de integrar e assimilar os índios à sociedade brasileira.

Essa integração dos índios à comunhão nacional significaria que o índio incorporado deixaria de ser relativamente incapaz e assim deixaria de ser tutelado pelo órgão federal de assistência ao índio. Gerando com essa iniciativa a ausência de mecanismos de proteção ao patrimônio e à pessoa dos índios quando estes fossem realizar atos negociais, já que para isso não necessitariam mais de assistência tutelar.

Em 1988, tem-se o advento da nova Constituição Federal, considerada como um marco para a legislação brasileira relativa ao índio, pois não trata mais da integração e assimilação do índio com a sociedade nacional envolvente, reconhecendo o indígena como habitante original da terra que habita, com direitos originários, permanentes e coletivos.

Em 1996, edita-se o Decreto 1.775, que apresentava as várias fases para a regularização fundiária das terras indígenas. Decreto esse que em todo o seu processo destaca-se como um instrumento pós-colonial de manutenção ou até mesmo de reprodução da dominação indígena já existente, pois mostra-se extremamente burocrático, influenciando apenas no registro de determinadas áreas que já haviam sido determinadas pela Constituição Federal como direito originário as populações indígenas.

Encerra-se o segundo capítulo, fazendo uma análise de quem é o índio no Brasil hoje, mostrando a conceituação de índio e populações indígenas, conforme o artigo 3º, do Estatuto do Índio, além de estimativas populacionais, de aldeias, povos indígenas e suas terras tradicionais, sendo elas demarcadas ou não, divididas em vinte e quatro Unidades da Federação.

E por fim, no terceiro capítulo trato da tutela indígena, explicando o seu conceito, o tratamento jurídico brasileiro, como ela é regulamentada e se tem sido válida às questões indígenas.

Foi com o Estatuto do Índio (1973) que a tutela foi realmente regulamentada, sendo nulos todos os atos praticados entre índios não integrados e qualquer pessoa da sociedade sem a assistência da FUNAI.

A nova Constituição, não trata mais da tutela como ela é tratada no Estatuto do Índio, pois elimina a perspectiva incorporativista dos povos indígenas a comunhão nacional, ou seja, o objetivo final da tutela deixou de existir, o que deveria significar como a perda da sua validade e vigência, operando-se dessa forma uma incompatibilidade entre a legislação preexistente e a Constituição posterior.

Para os índios e suas comunidades, a questão da tutela é primordial, tendo em vista ser analisada e debatida desde as primeiras legislações do nosso país. Não falar mais da tutela como instrumento capaz de proteger os índios de certos atos da vida civil, não significa que ela deixou de existir, como pode ser vista ainda hoje, com o atual sistema aplicado aos indígenas.

Ou seja, temos sim uma legislação forte e que trouxe novos mecanismos, mas ao colocarmos em prática esses mecanismos, é que encontramos obstáculos principalmente ao se tratar de órgãos enraizados com idéias de subordinação e dominação que ainda encontram em vigor e perpetuando como antes, ações que não inovam em nada as relações dos índios e suas comunidades.

O que se tem então com esse estudo, é justamente a intenção de mostrar que mesmo depois de décadas de legislações, e de uma norma que é considerada hoje como um marco a esses direitos indígenas, que é a Constituição de 1988, ainda vemos hoje, o quão difícil é regular um direito à esses povos. Pois ainda existem contradições entre essas leis, a suas respectivas aplicações em relação à tutela indígena e às suas terras, deixando muito a desejar ainda, à essas populações.

A Constituição de 1988 surgiu para trazer inovações, o seu texto deixa claro o fim da integração, ou seja, da tutela, e mesmo assim, vinte e três anos depois ainda temos legislações, como o Estatuto do Índio, que não se adequou ao texto constitucional. Ficando claro ainda que, mesmo com todo esse aparato legal, o Estado de uma forma ou de outra se mantém na dominação das questões pertinentes aos direitos indígenas, “onde dominação é primariamente administração, que num certo nível, é também pôr em movimento dispositivos capazes de engendrar e de repetir – e fazer repetir – esquemas de percepção e ação da vida diária ao ponto de torná-los automáticos e inquestionáveis”.¹

¹ LIMA, Antonio Carlos de Souza. Um Grande Cerco de Paz: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995. p. 18.

1 HISTÓRIA DO INDÍGENA NO BRASIL

1.1 História do indígena no Brasil colonial

Em 22 de abril de 1500 chegou-se a terra que chamamos hoje de Brasil a frota de Pedro Álvares Cabral, navegador português que juntamente com mais 13 naus viajaram em busca de um novo caminho para se chegar às Índias.

Como afirma Vainfas,

A descoberta da Nova Terra, denominada primeiramente ilha de Vera Cruz, apresentou-se na história tradicional como uma causalidade porque os portugueses teriam pretendido alcançar uma nova rota comercial para as Índias. Devido a uma suposta calmaria ocasionada no oceano Atlântico durante a expedição, no vigésimo segundo dia os marinheiros avistaram um grande monte de pico arredondado – posteriormente batizado de monte Pascoal – que os guiou às novas terras.²

Alguns historiadores apontam a idéia da causalidade da descoberta do Brasil, como uma questão minoritária, pois afirmam que a carta de Caminha³, não faz referência nenhuma sobre a ocorrência de calmarias, o que, além disso, seria difícil aceitar que uma frota composta por 13 naus, bússolas e marinheiros experientes pudessem se perder em pleno Oceano Atlântico e viessem parar na Bahia por acidente.⁴

Nos dias seguintes ao descobrimento, a frota fez novos reconhecimentos de terras, chegando a ancorar as caravelas. Houve também a celebração de uma missa, no primeiro domingo após a Páscoa, assistida por vários nativos juntamente com os portugueses.

Foi posterior a esses acontecimentos que o contato do branco com os índios foi mais intenso, iniciando-se com o escambo de pequenas mercadorias portuguesas por aves

² VAINFAS, Ronaldo. História do Brasil. 1. ed. Barsa Planeta, 2009. p. 93.

³ Pêro Vaz de Caminha: escrivão que estava na tripulação de Cabral e que elaborou a “Carta do Achamento”, em 1º de maio de 1500 .

⁴ LOPEZ, Luiz Roberto. História do Brasil Colonial. 8. ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1997. p. 13.

como papagaios, araras, algumas amostras de animais, plantas e minerais típicos daquela região, sendo a de mais importância a exploração do pau-brasil.

Considera-se bem precário o estado de conhecimento demográfico das civilizações indígenas pelos portugueses à época do descobrimento. Os territórios indígenas não são homogêneos, e não existia um padrão de ocupação espacial aos moldes europeus, posto que variavam de acordo com fatores históricos e ambientais.

Sobre o montante da população indígena do Brasil em 1500, não existem estimativas seguras. O que existe é a variedade de autores que mencionam um número que varia de 800 mil até 10 milhões de indivíduos.

Essa população diminuiu drasticamente no primeiro século de contato dos índios com os europeus, sendo o genocídio, a principal causa dessa redução.

Vainfas defende a idéia de que,

O projeto colonialista, idealizado pelos conquistadores, impulsionou três formas de violência contra o índio: a militar (uso da pólvora, do cavalo e do aço); a econômica (escravidão); a cultural (através da aculturação, degradação de suas crenças e de seus costumes). Tais formas contribuíram drasticamente para inibir a presença indígena. Outro fator que contribuiu para a dizimação das tribos no primeiro momento de contato entre índios e europeus foram as epidemias.⁵

Durante o período colonial, se tem uma história de contato entre brancos e índios de extensos conflitos, guerras de extermínio, e expedições de escravização, mas também de uma mistura profunda, que fez do mameluco o elemento predominante na composição étnica dos primeiros núcleos coloniais e na expansão subsequente do povoamento do país.

Segundo Cordeiro,

⁵ VAINFAS, Ronaldo. História do Brasil. 1. ed. Barsa Planeta, 2009. p. 133.

O mameluco foi o tipo predominante na composição demográfica do Brasil colonial. Até hoje, a presença de sangue indígena na população brasileira é na verdade bem maior do que por vezes se admite, e está claramente manifesta na fenotipia de amplos segmentos da população, sobretudo entre os brasileiros do Nordeste, da Amazônia e do Centro-Oeste.⁶

A língua principal falada na chegada dos portugueses ao Brasil era a língua tupi, que durante muito tempo foi considerada a única e mais importante. Posteriormente houve uma classificação das línguas indígenas em tupi e tapuia, realizada pelos colonizadores e missionários. As línguas tupi eram consideradas de fácil aprendizado, já as línguas classificadas como tapuia constituíam-se como um número bastante significativo e expressamente variado, sendo consideradas de difícil entendimento.

Vainfas esclarece que, essa classificação durante muito tempo foi a mais aceita, sendo desbancada mais tarde pela tese do estudioso Von Martius, que defendia que a língua dos tapuia não representava um todo estreitamente ligado, e como consequência separou dos tapuia a família *gê* ou *jê*. Outros estudos lingüísticos foram realizados com o *bacairí*, da família *caribe* ou *karib*, assim, pouco a pouco surge outra classificação das línguas indígenas do Brasil em *tupi*, *gê*, *caribe* e *aruac* ou *aruak*. Concomitantemente com esses grandes grupos lingüísticos, os estudiosos conseguiram identificar grupos menores, como o *pano*, *tukâno*, *guaikurú*, *makú* e outros.⁷

A língua portuguesa somente se impôs no Brasil, de maneira gradual ao longo da história, e o seu uso somente foi obrigatório na legislação pombalina em meados do século XVIII.

⁶ CORDEIRO, Enio. Política Indigenista Brasileira e Promoção Internacional dos Direitos das Populações Indígenas. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999, p. 22.

⁷ VAINFAS, Ronaldo. História do Brasil. 1. ed. Barsa Planeta, 2009. p. 139.

Os jesuítas ocuparam-se do estudo e sistematização gramatical, em moldes latinos, da língua tupi, que ao longo dos anos foi sendo alterada, formando assim a língua geral, que se tornaria o principal veículo da catequese.

Existem relatos antigos de que as crianças iam à escola aprender português, mas a língua geral predominava no âmbito familiar e social, sendo que o uso da língua geral se estendeu igualmente às capitanias do sul e ao longo dos séculos XVII e XVIII. Levada pelos bandeirantes foi o principal instrumento de conquista e civilização do interior do país.⁸

Ainda, segundo Cordeiro,

Na Amazônia, a língua portuguesa só começaria a afirmar-se em meados do século XVIII. A língua-geral foi o idioma das missões, trazido pelos padres da Companhia, e até meados do século XIX ainda servia como língua franca entre as populações da Amazônia. Escrevendo a Pombal em 1752, seu irmão Francisco Xavier de Mendonça Furtado, então Governador do Estado do Grão Pará e do Maranhão, lamentava-se da atuação dos jesuítas: “Não se tem convertido o gentio porque indo-se buscar ao mato são trazidos às aldeias; nelas lhes ensinam uma gíria a que chamam língua-geral... Vendo-se (os) moradores na consternação de não poderem-se comunicar com os índios, se viram na precisão de aprender também a gíria...para se poderem servir deles, e isto que então foi necessidade passou a hábito, e ao excesso de serem hoje mui poucas as pessoas que nesta cidade (Belém) falam português, principalmente as mulheres...que se confessam senão na língua-geral”.⁹

1.2 Legislação indígena até 1891

Desde muito antes da atual Constituição Federal, o nosso país possui leis que reconhecem os direitos originários dos índios pelas suas terras. Mas como se sabe, em meados

⁸ CORDEIRO, Enio. Política Indigenista Brasileira e Promoção Internacional dos Direitos das Populações Indígenas. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999, p. 23.

⁹ CORDEIRO, Enio. Política Indigenista Brasileira e Promoção Internacional dos Direitos das Populações Indígenas. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999, p. 25.

de 1500, o Brasil foi considerado como parte integrante de Portugal e praticamente durante os dois primeiros séculos da nossa história não foram feitas considerações nenhuma sobre a importância de se assegurar direitos territoriais aos povos indígenas.

Esclarece Cordeiro que,

O período colonial produziu uma legislação indigenista contraditória, que oscilou entre o reconhecimento categórico da liberdade dos índios, diversas vezes reiterado, e a exigência cada vez maior de mãos de obra escrava. São inúmeras assim as cartas régias, leis, alvarás e regimentos que afirmam expressamente a liberdade do gentio, ao mesmo tempo em que abrem toda sorte de subterfúgio e de recursos para legitimar a escravidão. As ditas “guerras justas” e o resgate de “índios de corda” legitimavam a captura e venda de escravos indígenas. Por sua vez, os descimentos e a constituição de aldeias de índios nominalmente libertos estavam sempre associados à administração de um regime de trabalho compulsório, ainda que remunerado, nas propriedades dos colonos brancos e mamelucos.¹⁰

Como afirma ainda Barbosa, “Com uma lei reconheciam-se direitos e com outra negavam-se, ou pior, na mesma lei criava-se uma exceção que excluía a regra”.¹¹

Tais direitos aparecem pela primeira vez e timidamente, nas Cartas Régias de 30 de julho de 1609 e a de 10 de setembro de 1611, que foram promulgadas por Filipe III, e que afirmam sobre o pleno domínio dos índios de seus territórios e sobre suas terras alocadas nos aldeamentos. Aparece também no Regimento das Missões do Estado do Maranhão e Pará, de 1º de dezembro de 1686, onde declara que “a justiça não permite, que estes homens sejam obrigados a deyxarem todo, e por todo as terras que habitão”.¹²

¹⁰ CORDEIRO, Enio. Política Indigenista Brasileira e Promoção Internacional dos Direitos das Populações Indígenas. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999, ps. 28 e 29.

¹¹ BARBOSA, Marco Antonio. Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil. São Paulo: Ed. Plêiade, 2001, p. 57.

¹² CUNHA, Manuela Carneiro da. Os Direitos dos Índios: ensaios e documentos. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987, ps. 58 e 59.

Esse direito indígena foi explícito mesmo no Alvará Real de 1º de abril de 1680, onde a terra habitada pelos índios é considerada “a primária, naturalmente e virtualmente reservada”, ou seja, é um direito congênito, distinto da ocupação que é um título adquirido.

Esse Alvará trouxe o reconhecimento legal dos direitos territoriais indígenas e de sua autonomia, sendo usado até hoje em defesa de seus direitos.

Barbosa dispõe importante trecho do Alvará:

Parágrafo 4º “E para os ditos Gentios que assim descerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como são no Sertão, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, ‘que ainda estejam dadas em Sesmarias e pessoas particulares’, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiros, e muito mais se entende, e quero se entenda ser reservado o prejuízo, e direitos dos índios, primários e naturaes senhores delas...”¹³

Como esclarece Mendes:

Foi João Mendes Jr., no início do século XX, quem expôs, em termos jurídicos, a teoria do indigenato como ela é hoje conhecida e praticada. Segundo esse conceituado jurista:

“o indígena primariamente estabelecido tem a ‘sedum position’, que constitui o fundamento da posse”... “além desse ‘jus possessionis’ tem o ‘jus possidenti’, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado desde o Alvará de 1º de abril de 1680, como ‘direito congênito’.”¹⁴

A doutrina do indigenato, baseada no Alvará Régio de 1680 e na Lei de 6 de junho de 1755, ensina que o direito do índio à terra decorre de sua origem como “primários e, naturais senhores da terra”. É reconhecido como direito especial absolutamente distinto do direito de quaisquer outros cidadãos da sociedade brasileira, não integrando o sistema relativo

¹³ BARBOSA, Marco Antonio. Autodeterminação: Direito à Diferença. São Paulo: Ed. Plêiade, 2001, p. 184.

¹⁴ MENDES, Artur Nobre. Introdução – Reconhecimento das Terras Indígenas – Situação atual. In: KASBURG, Carola e GRAMKOW, Márcia Maria (orgs). Demarcando Terras Indígenas II; experiências e desafios de um projeto de parceria. Brasília: FUNAI; PPTAL; GTZ, 2002, p. 13.

aos direitos de posse e propriedade, previstos pelo Código Civil, mas se constitui em, direito autônomo, especial e independente do sistema geral.¹⁵

Barbosa ainda esclarece que, só depende de legitimação posse que se ache em poder de ocupante, como já era previsto pelo artigo 3º da Lei de 18 de setembro de 1850. A ocupação, como título de aquisição, só pode ter por objeto coisas que nunca tiveram dono ou que foram por ele abandonadas. A ocupação é uma *apprehensio rei nullius* ou *rei delerictoe* e as terras indígenas, congenitamente apropriadas, não são *res nullius* nem *res delerictoe* e não se pode conceber que os indígenas tivessem adquirido por simples ocupação, aquilo que lhes é congênito e primário. Assim, no caso dos índios, não há uma simples posse, “há um título imediato de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado”.¹⁶

Assim podemos dizer que a posse indígena não se confunde e nem se aproxima às idéias de posse do direito civil.

No novo Código Civil (Lei nº. 10406/02), em seu Livro III – Direito das Coisas, define-se posse no Título I e propriedade no Título III.

Assim, posse é uma situação jurídica de fato apta, desde que atendidas certas exigências legais, como transformar o possuidor em proprietário. Esse sujeito de direito que tem posse sobre uma coisa exerce alguns dos poderes próprios do de proprietário, como o uso, gozo e às vezes, o de disposição, sem ostentar a situação jurídica de dono.¹⁷

¹⁵ BARBOSA, Marco Antonio. Autodeterminação: Direito à Diferença. São Paulo: Ed. Plêiade, 2001, p. 185.

¹⁶ BARBOSA, Marco Antonio. Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil. São Paulo: Ed. Plêiade, 2001, p. 66.

¹⁷ JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados: atualizado até 15.03.2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 393-394.

E propriedade, é uma situação jurídica positiva, que permite ao proprietário usar, gozar, dispor daquilo que é seu e reavê-lo de quem quer que injustamente o possua. Essa qualidade de proprietário se sujeita a, restrições de ordem pública e de caráter privado, sendo que o exercício desse direito real de propriedade impõe ao proprietário o cumprimento de deveres próprios do chamado Direito de Vizinhança, bem como uma conduta adequada com a função social da propriedade.¹⁸

A terra indígena possui características distintas da terra não indígena, pois são de caráter exclusivamente comunitário, sendo a principal base territorial de um povo, não possuindo diretamente característica de comércio, sendo também indivisível e inusucapível, ligada à cultura e aos valores espirituais de cada povo.

Observa-se, todavia, que a Coroa portuguesa, por diversas vezes tentou ordenar a ocupação territorial indígena, conseguindo apenas segregar os índios em espaços ínfimos, liberando grandes extensões de terras de ocupação tradicional para o processo de colonização.

Esse mesmo processo desenvolve o chamado “aldeamento”: destinação de áreas onde eram reunidas comunidades indígenas sob a administração de ordens religiosas (especialmente de jesuítas) e que seguiam o chamado Regimento das Missões, de 1686, visando em especial facilitar o trabalho de assistência religiosa, ou a catequese.¹⁹

Essa prática de confinamento dos índios em pequenas extensões de terras e com pouca, ou nenhuma preocupação com a manutenção das condições necessárias a sua

¹⁸ JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados: atualizado até 15.03.2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.418.

¹⁹ ARAÚJO, Ana Valéria. Povos Indígenas e a Lei dos Brancos: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 25.

reprodução sociocultural, vai perdurar durante o Império e também por grande parte da história republicana.

Posterior ao aldeamento veio o chamado Diretório dos Índios, criado pelo Marquês de Pombal em 1757 e extinto em 1798, “marcando o processo de secularização dos aldeamentos com o início da sua administração por laicos”.

O Diretório deveria ser observado nas povoações dos índios do Pará e Maranhão, assinado em 03 de maio de 1757, por Francisco Xavier de Mendonça Furtado, governador do Grão-Pará e irmão de Sebastião José de Carvalho e Melo, o Marquês de Pombal. O Diretório continha noventa e cinco capítulos, e posteriormente teve a sua validade ampliada para todo o território brasileiro pelo alvará de 17 de agosto de 1758, introduzindo novamente a obrigação de todos os índios que viviam em aldeias de trabalhar para os colonos. Para tanto, deveriam ser registrados em dois grupos, todos os habitantes das aldeias entre treze e sessenta anos de idade com capacidade para o trabalho. Uma parte dos habitantes nas aldeias assim registrados era destinada à defesa do Estado e ao cumprimento de todas as obrigações impostas pelo rei; a outra parte deveria ficar disponível para remar as canoas dos colonos, que eram necessárias para a procura de drogas do sertão, ou seja, plantas e produtos animais da selva, como urucum, cacau, castanhas do Pará, canela e temperos, assim como para as plantações de tabaco, cana-de-açúcar, algodão, e outras que poderiam enriquecer o Estado e estimular o comércio.²⁰

A mão de obra indígena foi praticamente deixada de lado nos ciclos paralelos ao do algodão, como o ciclo do diamante, das pedras preciosas e do ouro (períodos que vão

²⁰ALMEIDA, Rita Heloisa de. O Diretório dos Índios: um projeto de civilização no Brasil do século XVIII: Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, ps. 152 a 166.

aproximadamente de 1696 até 1800), para ser substituída pelo trabalho dos escravos africanos, devidos a baixa eficiência dos índios nesse tipo de trabalho.

Foi em 12 de maio de 1798, através da carta régia de Dom João VI, sobre o processo civilizatório dos índios, que foi suprimido entre outros, o posto de diretor dos índios, responsável pelas questões gerais relativas aos índios desde sua criação em 1757.

É apartir dos aldeamentos, que é gerado o caos fundiário que os índios se viram envolvidos, visto que as terras indígenas tornaram-se objeto de um “continuado e sistemático” processo de esbulho por parte dos colonos, que muitas vezes contavam com o apoio das autoridades da época.

A edição da Carta régia de 02 de dezembro de 1808 foi um exemplo desse apoio por parte dos colonos, e que declarava como devolutas as terras que fossem “conquistadas” dos índios nas chamadas “Guerras Justas”, intentadas pelo governo português contra os povos indígenas que não se submeteram ao seu domínio no Brasil.

Segundo Araújo,

A condição de devolutas permitia que as terras indígenas fossem concedidas a quem a Coroa Portuguesa quisesse, já que por terra devoluta pressupunha-se uma terra de domínio público sem nenhuma destinação específica. A praxe de considerar as terras que eram tomadas aos índios como devolutas fez escola em nosso país e explica, em grande parte, muitos dos conflitos que se prolongam até hoje.²¹

Em 7 de setembro de 1822, Dom Pedro I, declarou a independência do Brasil e proclamou a si mesmo imperador. Foi no período do império brasileiro que ocorreu um deslocamento do foco principal da política indígena brasileira, que até então tratava como de

²¹ ARAÚJO, Ana Valéria. Povos Indígenas e a Lei dos Brancos: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 25.

grande importância as questões da exploração da mão-de-obra indígena e da catequese, assim como da condução de guerras contra os povos indígenas hostis ao lado da tomada de terras.

Segundo Albuquerque,

Um ano após a independência política do país, José Bonifácio de Andrada e Silva denunciava o tratamento dispensado aos grupos indígenas por meio de sua obra “Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Império do Brasil”. Discorria que por responsabilidade dos “não-índios” esses povos foram desprezados. Já tinham roubado-lhes as suas terras, imposto-lhes trabalhos em troca de algum ou nenhum mísero pagamento, alimentando-lhes mal, enganando-lhes em contratos de compra e venda, deixando de demonstrar-lhes qualquer atitude de virtude e de talento, transmitindo-lhes apenas moléstias e vícios.

José Bonifácio colocava a questão da importância de uma legislação constitucional indígena como fundamental para a formação do Brasil. Embora suas diretrizes contassem com certa brandura no trato aos indígenas, hoje soaria preconceituosa e ingênua, pois não fugiria à regra, tratando da sujeição do “índio” à lei do trabalho, bem como dos aldeamentos. Aprovadas pela Assembléia em 1823 não chegaram a ser incorporadas na Constituição de 1824.²²

A lei mais importante, após a independência do Brasil, foi a lei de 27 de outubro de 1831, que revogava as Cartas Régias de 1808, abolindo a servidão dos índios e os considerando-os como órfãos, para que lhes fossem aplicadas cautelas protetoras, firmando assim o entendimento de que não poderiam alienar suas terras, sem assistência judicial.²³

Afirma Kayser ainda que essa lei que concedia aos índios, sem distinção, a liberdade, só foi possível já que a escravização dos negros só foi totalmente abolida em 1888, e além disso, o período monarquista representava uma fase de transição, no Brasil, para uma ordem econômica baseada no trabalho livre. Na prática, todavia, a escravização dos índios representava – paralelamente à escravização dos negros, ainda permitida – também na monarquia uma realidade onipresente. Em vista dessa realidade, a 9 de agosto de 1845, o

²² ALBUQUERQUE, Antonio Ulian do Lago. Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 198.

²³ BARBOSA, Marco Antonio. Autodeterminação: Direito à Diferença. São Paulo: Ed. Plêiade, 2001, p. 192.

governo foi obrigado a publicar uma circular na qual se chamava a atenção para o fato de que os filhos dos índios não poderiam ser comprados nem escravizados.²⁴

No ato adicional à Constituição do Império, pela lei de 12 de agosto de 1834, foi estabelecida, no artigo 11, § 5º, explicitamente a competência, tanto dos parlamentares e governos das províncias, como também do Império para o fomento da “catequese e civilização” dos índios, forma perversa de dominação e destruição das sociedades indígenas. Apesar dessa obrigação, até a metade dos anos quarenta, poucos foram os esforços legislativos ou administrativos, empreendidos, após a revogação das leis pombalinas, para configurar efetivamente a conversão e civilização dos índios.

Contudo, em 1850, no período do Império ainda, a chamada Lei de Terras, foi a primeira lei que tratou de regulamentar a propriedade privada no território brasileiro e garantiu o direito territorial dos índios reservando terras para a sua colonização.

Essa lei tinha como finalidade regular as terras possuídas, as devolutas e as reservadas, considerando como devolutas:

- 1) as terras que não se achassem aplicadas a algum uso público;
- 2) as que não se achassem em domínio particular, por qualquer título legítimo, nem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso, por falta do cumprimento das condições de mediação, confirmação e cultura;
- 3) as que não se acharem dadas em sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, foram revalidadas pela lei;

²⁴KAYSER, Hartmut-Emanuel. Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual; tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, ps. 144 e 145.

4) as que não se acharem ocupadas por posses que apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas pela lei.²⁵

Porém, após a Lei de Terras, o mesmo Império tratou de criar outra regra que permitisse desviá-lo do respeito aos direitos que ele pretendia garantir. Foram expedidas instruções que consideravam como devolutas as terras das aldeias que tivessem sido abandonadas pelos índios. De fato, isso gerou novas práticas nocivas, pois os presidentes de províncias passaram a simplesmente atestar que terras indígenas haviam sido abandonadas pelos índios, sem que isso necessariamente correspondesse à realidade. Tudo com vistas a facilitar o processo de titulação das terras para terceiros, agravando o quadro de esbulho aos direitos dos índios.²⁶

Mais tarde, seguindo essa linha dos atestados de abandono de terras, surgiu as certidões negativas, expedidas inicialmente pelo Serviço de Proteção aos Índios (SPI) e agora pela FUNAI, considerando em atestar, a pedido de um particular ou quem interessado fosse, que determinada terra não é indígena, obrigando até hoje aos índios ter que provar que existem e que sempre estiveram nas terras.

A 15 de novembro de 1889 proclamou-se a República, o imperador deixou o Brasil em 17 de novembro de 1889 e partiu para o exílio primeiramente para Portugal, e dali foi para a França. As mudanças jurídicas que se seguiram tiveram efeito, entre outros exemplos, na desistência da catequese incentivada pelo Estado e em uma institucionalização da tutela aos índios pelo Estado. Foi através do Decreto nº 7 de 07 de novembro de 1889 que

²⁵ BARBOSA, Marco Antonio. Autodeterminação: Direito à Diferença. São Paulo: Ed. Plêiade, 2001, p. 194.

²⁶ ARAÚJO, Ana Valéria. Povos Indígenas e a Lei dos Brancos: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 26.

a competência para o incentivo da catequese e a civilização dos índios foi transferida aos governos dos Estados.²⁷

Em 1891, surgiu na primeira Constituição da República, o dispositivo que transferia aos estados as terras devolutas, que estão situadas em seus territórios. E como muitas das terras ocupadas pelos índios, tinham sido consideradas devolutas (durante o período colonial e imperial), os estados imediatamente começaram delas, se assenhorear, favorecendo o processo de grilagem sobre as terras indígenas. Exemplo disso foi o caso do estado do Amazonas, que concedeu a particulares, boa parte das terras ocupadas pelos índios, tudo com base no artigo 64.²⁸

Araújo ainda escreve que, a Constituição de 1891 não fazia menção nenhuma sobre os índios ou aos seus direitos territoriais, o que explica o fato de que o SPI criado em 1910, não tinha poderes para fazer o reconhecimento de terras, e o governo federal só demarcava terras indígenas após entendimentos com os governos estaduais e municipais. Essa situação perdurou até meados dos anos 60, em que pesem as Constituições de 34, 37 e 46 terem trazidos dispositivos reconhecendo a posse dos índios sobre as terras ocupadas por eles.²⁹

²⁷ KAYSER, Hartmut-Emanuel. Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual; tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, ps. 152 e 153.

²⁸ Artigo 64. Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.

Parágrafo único - Os próprios nacionais, que não forem necessários para o serviço da União, passarão ao domínio dos Estados, em cujo território estiverem situados.

²⁹ ARAÚJO, Ana Valéria. Povos Indígenas e a Lei dos Brancos: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 27.

1.3 De 1891 até a Constituição de 1988

O período colonial foi marcado por legislações, que muitas vezes reconheciam direitos aos índios, mas que por diversas vezes lhes tiravam esses direitos, pois não existia na época uma política especificamente direcionada aos indígenas pela Coroa portuguesa.

O que na verdade acontecia era a priorização dos interesses da Coroa, que com sua instalação no Brasil trouxe também a necessidade de mão de obra escrava, começando aí as divergências daquela época, pois a mão de obra de escravos índios era muito mais barata que a de escravos negros, sucedendo aos indígenas determinadas legislações que ora lhes davam a liberdade, ora lhes tiravam essa liberdade com o intuito de uso da escravização.

Kayser acrescenta que,

O objetivo prioritário da Coroa portuguesa no período colonial era, no entanto, desde o início da povoação efetiva, a consolidação de seu domínio. Os povos indígenas que não se deixavam civilizar ou mesmo colonizar, na acepção dos portugueses, ou que até mesmo se defendiam contra a invasão, foram expulsos de seus espaços vitais originais ou tornaram-se objeto da submissão ou do extermínio físico objetivado pelos portugueses com suas guerras. Fazia parte das mais importantes exigências da política portuguesa a satisfação da necessidade de terras da sociedade colonial, originada em consequência da política de expansão, que estava em contradição com os direitos dos índios à terra. Desde o início da presença portuguesa no Brasil, reduziu-se o número de indígenas a uma fração da população original através da política colonial.³⁰

Posterior a esse período colonial, que trouxe uma intensa discussão pública sobre o problema do indígena, articulam-se numerosos defensores de uma proteção aos índios que

³⁰KAYSER, Hartmut-Emanuel. Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual; tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 96.

se dividiam em dois posicionamentos, os que queriam vincular a proteção aos índios à catequese católica, ou transferi-la a uma instituição secular.³¹

Essa discussão surgiu com a promulgação do decreto nº 1606 de 29 de dezembro de 1906, que criava o Ministério da Agricultura, que passava a ter a competência para legislar sobre as políticas indígenas³². Entre 1907 e 1908 surge forte polêmica sobre a questão indígena, provocada justamente pelo diretor do Museu Paulista, von Ihering, que defendia o extermínio dos índios que resistissem ao avanço da civilização, e vários grupos da sociedade civil, entre eles acadêmicos e positivistas.³³

Assim, acrescenta Ribeiro,

O movimento que levaria à criação de um órgão oficial incumbido de tratar do problema começa pelas campanhas da imprensa. A princípio são simples descrições de chacinas e apelos por providências do governo. Aos poucos se avoluma, ganha adeptos dedicados que fundam associações destinadas a defender os índios. Por fim empolga as classes cultas do País; e o índio, até então esquecido, torna-se o assunto do dia – na imprensa, nas reuniões científicas. No Congresso de Geografia, realizado em 1909, já é a questão mais vivamente debatida e objeto de quatro alentadas teses.³⁴

Ao final desta discussão, no ano de 1910, surge o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), que foi criado pelo Decreto Lei nº 8.072, de 20 de junho de 1910 e extinto em 1967. Tal serviço estruturou-se no governo de Nilo Peçanha, e era um órgão do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, tendo como primeiro diretor o general Candido Mariano da

³¹KAYSER, Hartmut-Emanuel. Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual; tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 155.

³² Art. 2º Este Ministerio terá a seu cargo o estudo e despacho de todos os assumptos relativos:

1º A' agricultura e á industria animal:

b) immigração e colonização, catechese e civilização dos indios;

³³ CUNHA, Manuela Carneiro da. Os Direitos dos Índios: ensaios e documentos. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987, p. 78.

³⁴ RIBEIRO, Darcy. Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil Moderno. Petrópolis: Vozes, 1979, p. 129.

Silva Rondon, possuindo como finalidade a proteção dos índios e ao mesmo tempo o direito que tinham de conservarem as suas terras.

Carneiro da Cunha esclarece que,

Na exposição de motivos do Decreto (...), o Ministro Rodolpho Miranda citava e adotava a fórmula de Couto de Magalhães: “Não aldear, nem pretender governar as tribos; deixá-las com seus costumes, sua alimentação, seu modo de vida”. O objeto de assistência aos índios seria, entre outros, o de:

“Art. 2º, § 3 – Pôr em prática os meios mais eficazes para evitar que os civilizados invadam terras dos índios e reciprocamente.

Art. 2º, § 4 – Fazer respeitar a organização interna das diversas tribos, sua independência, seus hábitos e instituições, não intervindo para alterá-los senão com brandura e consultando sempre a vontade dos respectivos chefes.

Art. 2º, § 12 – Promover, sempre que for possível, e pelos meios permitidos em direito, a restituição dos terrenos que lhes tenham sido usurpados” (Decreto nº 8072, de 20 de junho de 1910, e Decreto nº 9214, de 15 de dezembro de 1911).³⁵

Silveira Corrêa faz um breve relato do funcionamento dos postos indígenas,

Parte da atuação e do cotidiano nos postos indígenas do SPI, como já foi dito, não é simplesmente uma política assistencial ou benevolente por parte do Estado brasileiro para proteger populações “vítimas” dos efeitos da expansão colonizadora, da própria administração pública brasileira ou de agentes privados, como fazendeiros e garimpeiros. O funcionamento dos postos – as unidades de ação/intervenção do SPI – , além desses aspectos mais gerais, visava a possibilitar a aplicação do projeto transformador do SPI, traduzido por Lima (1995, p. 130) na imagem do *grande cerco de paz* de Rondon, e estender o controle sobre áreas e populações que estavam fora dos circuitos mais extensos da política e da economia nacionais; liberar terras para a colonização, ocupação e fixação ordeira de colonos ou mesmo de antigos “habitantes” dessas áreas; reeducar os grupos ali antes instalados para uma maneira mais adequada de se viver, propiciando sua elevação moral e tecnológica (civilização e progresso) e combatendo as práticas consideradas primitivas, atrasadas ou viciadas.³⁶

Posterior à criação do SPI, surge no Código Civil de 1916, em seu artigo 6º, inciso III e parágrafo único, a inclusão dos “silvícolas” na categoria de relativamente

³⁵ CUNHA, Manuela Carneiro da. Os Direitos dos Índios: ensaios e documentos. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987, p. 79.

³⁶ SILVEIRA CORRÊA, José Gabriel. A administração dos índios: as diretrizes para o funcionamento dos postos indígenas do SPI. In: SOUZA LIMA, Antônio Carlos (org). Gestar e Gerir: estudos para uma antropologia da administração pública no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Relume Dumar, 2002, p. 131.

incapazes, para a prática de certos atos da vida civil, estabelecendo que os mesmos ficariam sujeitos ao regime tutelar estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que deveria cessar a medida que fossem se adaptando a sociedade.

Lobo argumenta que, o legislador civil entendeu que tal qual os menores, entre 16 e 21 anos ou os pródigos, os índios não possuem visão acurada do nosso meio social (que envolve necessariamente aspectos de ordem econômica), devendo estar assistidos nos atos jurídicos, de modo a evitar que sua vontade equivocada possa resultar em prejuízos.³⁷

É importante salientar que a aplicação desta incapacidade relativa depende de lei especial, que estabeleça um regime tutelar diferente da tutela orfanológica e que não trate os índios como indivíduos deficientes, mas como pessoas que necessitam de estatuto jurídico especial, ainda que não esteja esclarecido, e provavelmente não sabido, que estatuto especial é este. Clóvis Beviláqua acredita, que existe uma ruptura com a tradição jurídica anterior, ficando estabelecido um ponto final na tutela orfanológica, abrindo a porta a um novo conceito de regime tutelar, que deverá ser criado por lei.

Na elaboração da Constituição de 1934 surge como matéria constitucional, a questão das terras indígenas, e estabelece em seu artigo 5º, XIX, alínea “m”:

Artigo 5º - Compete privativamente à União:

(...)

XIX. legislar sobre:

m) incorporação dos silvícolas à comunhão Nacional.

³⁷ LOBO, Luiz Felipe Bruno. Direito Indigenista Brasileiro: Subsídios à sua Doutrina. São Paulo: Ed. LTR, 1996, p. 24.

E, em seu artigo 129:

Artigo 129 – Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

As Constituições seguintes, de 1937 e 1946, mantiveram basicamente os mesmos princípios, com algumas mudanças apenas na redação. Já a Constituição de 1967 fez importantes acréscimos, pois estabelecia que as terras ocupadas pelos silvícolas integrariam o Patrimônio da União, disposição essa que acabou com a prática de alguns governos estaduais, que atuavam com extrema liberalidade na titulação em favor de terceiros, de terras sabidamente habitadas por índios. Acrescentou também, dispositivo assegurando o usufruto exclusivo dos índios sobre os recursos naturais e de todas as utilidades existentes em suas terras, que seria mais tarde com a Emenda Constitucional de 1969 aditada, estatuinto a nulidade e extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tivessem por objeto o domínio, a posse ou a ocupação por terceiros de terras habitadas pelos indígenas, estabelecendo também que os terceiros ocupantes não teriam direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a FUNAI.³⁸

Apesar de todas essas mudanças constitucionais, no final da década de 60, o SPI enfrenta várias denúncias sobre irregularidades administrativas, corrupção e gestão fraudulenta do patrimônio indígena, gerando com isso, promessas de esclarecimento e punição dos culpados, por parte do governo federal.

Em 1967 extingue-se o SPI e é criado um novo órgão, que prestaria novos serviços à população indígena, denominado de Fundação Nacional do Índio (FUNAI), com

³⁸ CORDEIRO, Enio. Política Indigenista Brasileira e Promoção Internacional dos Direitos das Populações Indígenas. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999, p. 67 e 68.

competência para exercer o papel de tutor dos índios e, dentre outras funções, “garantir a posse permanente” das terras habitadas pelos índios e o usufruto exclusivo dos recursos naturais nelas existentes.³⁹

A criação da FUNAI não trouxe nada de novo em relação às questões indígenas, o governo federal se comprometeu em elaborar uma nova legislação para os índios, concretizando-se em 1973, quando entrou em vigor a Lei 6001, de 19 de dezembro, conhecida como Estatuto do Índio.

O texto do Estatuto não descuidou da preservação da cultura indígena, mas deixou bem claro já em seu primeiro artigo⁴⁰, uma perspectiva claramente hegemônica do poder estatal dando uma maior ênfase a integração, entendendo-a como política progressiva de assimilação harmoniosa, das comunidades indígenas pela sociedade brasileira.

Sendo certo que, o objetivo desta lei, era fazer com que os índios paulatinamente deixassem de ser índios, passando a ser conhecidos como “sujeitos em trânsito”, portadores de direitos temporários, compatíveis com sua condição e que durariam enquanto perdurasse essa mesma condição.⁴¹

Como esclarece Cordeiro,

A lei nº 6001 classifica os índios em isolados, em vias de integração, e integrados. Na última categoria consideram-se os “incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura”. Os índios não-integrados ficam sujeitos ao regime tutelar. São nulos os atos que

³⁹ ARAÚJO, Ana Valéria. Povos Indígenas e a Lei dos Brancos: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 31.

⁴⁰ Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

⁴¹ ARAÚJO, Ana Valéria. Povos Indígenas e a Lei dos Brancos: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 32.

praticuem com pessoas estranhas à comunidade sem a necessária assistência do órgão de proteção. Está prevista a possibilidade de emancipação individual e coletiva do regime de tutela, com o que cessam as restrições à capacidade civil. São requisitos para a emancipação o conhecimento da língua portuguesa, habilitação para o exercício de atividade, compreensão dos usos e costumes da sociedade nacional e idade mínima de 21 anos.⁴²

O Estatuto faz menção em grande parte também, das terras indígenas que podem ser divididas em três tipos, sendo elas como tradicionalmente ocupadas, terras reservadas e de domínio comum aos índios. Sendo vedado o arrendamento de terras indígenas. Compete ao órgão federal de proteção ao índio a gestão do patrimônio indígena, que inclui dentre outros bens, as terras pertencentes aos grupos indígenas e o usufruto dessas terras tradicionalmente ocupadas.

Menciona também sobre normas penais contendo a definição de crimes contra a cultura e a pessoa do índio, assim como trata do respeito ao patrimônio cultural, educação bilíngüe e assistência à saúde.

O Estatuto do Índio inovou em grande parte a relação do direito dos povos indígenas principalmente quando se refere à legislações coloniais. É a principal lei indigenista ainda em vigor, pois regula a situação jurídica do índio e das comunidades indígenas.

Atualmente o Estatuto do Índio tem sido analisado com grandes ressalvas, tendo em vista que o seu articulado empresta maior ênfase à integração dos índios à comunhão nacional, preceito esse deixado pra trás com a nova política indigenista instalada com o advento da nova Constituição Federal, tratada no capítulo seguinte.

⁴²CORDEIRO, Enio. Política Indigenista Brasileira e Promoção Internacional dos Direitos das Populações Indígenas. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999, p. 67 e 68.

2 ADMINISTRAÇÃO PÓS-COLONIAL DA DIFERENÇA NO BRASIL

2.1 A Constituição de 1988 e o tratamento jurídico da pluralidade

O período pós-colonial é marcado por legislações que inovaram, e mostram uma nova visão às questões dos direitos indígenas. Aqui o conceito de pós é utilizado para marcar o final de um período histórico, como se o colonialismo e seus efeitos estivessem definitivamente terminado. Para alguns estudiosos, o termo “pós”, quer dizer passado, algo que está concluído e fechado.⁴³

A nova Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova perspectiva em relação à questão indígena. É considerada um marco na nossa legislação, pois não trata mais da integração ou assimilação dos índios à sociedade envolvente para que somente assim possam ver os seus direitos reconhecidos. Essa nova constituição trata dos índios como os habitantes originais da terra, com direitos permanentes e coletivos.

Pereira esclarece que,

A Constituição de 1988 representa uma clivagem em relação a todo o sistema constitucional pretérito, uma vez que reconhece o Estado brasileiro como pluriétnico, e não mais pautado em pretendidas homogeneidades, garantidas ora por uma perspectiva de assimilação, mediante a qual sub-repticiamente se instalaram entre os diferentes grupos étnicos novos gostos e hábitos, corrompendo-os e levando-os a renegarem a si próprios ao eliminar o específico de sua identidade, ora submetendo-os forçadamente à indivisibilidade.⁴⁴

⁴³ HALL, Stuart. Quando foi o pós-colonial? Pensando no limite. In: HALL, Stuart e SOVIK, Liv (orgs). Da Diáspora: Identidades e Mediações Culturais. Belo Horizonte: Editora UFMG; Brasília: Representação da Unesco no Brasil, 2003, pg. 102.

⁴⁴ PEREIRA, Deborah Duprat de B. O Estado Pluriétnico. In: LIMA, Antonio Carlos e Souza e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs). Além da Tutela: Bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002, p. 41.

A nova constituição inovou ao trazer às comunidades indígenas o reconhecimento de sua capacidade processual, modificando as normas legais de relação entre esses povos e a sociedade nacional, deixando pela primeira vez, de ser uma atribuição do Estado legislar sobre a integração e assimilação dos povos indígenas, passando assim a ter o dever de garantir o direito à diferença.

Além disso, a Constituição atribuiu ao Ministério Público o dever de garantir os direitos indígenas e de intervir em todos os processos judiciais que digam respeito a tais direitos e interesses, fixando, por fim, a competência da Justiça Federal para julgar as disputas sobre direitos indígenas.⁴⁵

Além de reservar um capítulo inteiro para tratar dos índios, a nova Constituição traz em vários artigos questões relevantes aos direitos indígenas.

A Constituição expõe sobre importante artigo⁴⁶, onde diz que entre os bens da União, incluem-se também as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, pois não reconhece apenas a ocupação física das áreas habitadas e sim a ocupação tradicional (segundo as tradições culturais), ampliando o significado de território indígena a toda extensão de terra necessária a sua manutenção e preservação das particularidades culturais de cada grupo, como por exemplo, as terras consideradas sagradas, os cemitérios e as áreas de deambulação.⁴⁷

Cabe também à União, dentre as suas competências privativas, legislar sobre as populações indígenas. Norma que se mostra de grande importância em relação às

⁴⁵ ARAÚJO, Ana Valéria. Povos Indígenas e a Lei dos Brancos: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 38.

⁴⁶ Artigo 20, da Constituição Federal de 1988.

⁴⁷ CORDEIRO, Enio. Política Indigenista Brasileira e Promoção Internacional dos Direitos das Populações Indígenas. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999, p. 68.

Constituições anteriores, que referiam como competência da União, legislar sobre a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional. Ora, ao abandonar qualquer referência a essa incorporação nacional, a nova Constituição reconheceu o direito das populações indígenas de preservar sua própria identidade, ou seja, reconheceu a diversidade cultural.⁴⁸

É estabelecido exclusivamente ao Congresso Nacional, a autorização da exploração, do aproveitamento de recursos hídricos, e da pesquisa e a lavra de riquezas minerais em territórios indígenas.

A Constituição preceitua também que, é de competência dos juízes federais, processar e julgar as disputas sobre os direitos indígenas. Sendo instituído ao Ministério Público defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

Manda a Constituição que o Estado proteja as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, garantindo a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Por fim, temos no Título VIII (Da Ordem Social), o Capítulo VIII (Dos Índios) que se divide em dois artigos, o artigo 231 e o artigo 232.

A Constituição Federal consagrou o reconhecimento aos índios de sua organização social, de seus costumes, línguas, crenças e tradições. Como finalidade maior, o dispositivo traz a proteção das terras indígenas, que estão em constante ameaça, definindo

⁴⁸ CORDEIRO, Enio. Política Indigenista Brasileira e Promoção Internacional dos Direitos das Populações Indígenas. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999, p. 69.

dessa forma o conceito de terras tradicionalmente ocupadas. Determina a posse permanente dos índios, das terras que tradicionalmente ocupam, e esclarece sobre o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos e a pesquisa de lavra das riquezas minerais em terras indígenas, proibindo também a atividade garimpeira.

O artigo 232 encerra norma de legitimidade para ingresso em juízo da defesa dos direitos e interesses, relacionados às comunidades indígenas, que possuem natureza de direitos coletivos, e não, necessariamente, os direitos relacionados individualmente aos próprios índios.⁴⁹

A Constituição de 1988 trouxe sim grandes avanços à questão indígena, mas trouxe também a necessidade de uma revisão das legislações ordinárias, para que se adéquem a redação da nova Constituição.

Marés defende a idéia de que,

Contudo a Constituição que criou tão profunda ruptura tem em sua estrutura algumas brechas, armadilhas nas quais o aplicador ou o titular do direito acabam caindo quando procuram aplicá-la ou simplesmente defendê-la. A primeira, provavelmente a maior e mais importante, é a formação de lacunas: o texto constitucional cria direitos, mas não os regulamenta, a ponto de impossibilitar sua pronta efetividade.⁵⁰

Brand afirma ainda que, tem sido comum o completo descompasso entre o texto das leis e as políticas implementadas no chão concreto das aldeias, e não é necessário recuar

⁴⁹MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 2191.

⁵⁰MARÉS, Carlos. As novas questões jurídicas nas relações dos estados nacionais com os índios. In: LIMA, Antonio Carlos e Souza e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs). Além da Tutela: Bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002, p. 50.

muito para verificá-lo: basta lembrar os diversos prazos estabelecidos e nunca cumpridos para a conclusão dos processos de demarcação das terras indígenas.⁵¹

Seguindo essa linha de pensamento, Costa Silva apresenta o exemplo do Ministério do Desenvolvimento, e do INCRA – agência à ele vinculada – que vêm sustentando que a melhor forma de dar encaminhamento jurídico mais efetivo e célere às demandas jurídicas por titulação definitiva das terras, que tem sido o objetivo mais obstinadamente perseguido pelas comunidades tradicionais espalhadas pelo país, seria acionar os mecanismos de ação agrária já disponíveis; isto é, transformar substancialmente uma questão de política étnica e cultural em simples ações burocrático/administrativa de caráter fundiário.⁵²

Ou seja, o pós-colonial aqui, não lida especificamente com o encerramento de uma determinada época, ou o fechamento histórico de um evento ou era para o direito indígena. O que se tem explicitamente é ainda o uso de formas coloniais de dominação.

Esclarece ainda Costa Silva que,

Tais instrumentos de ação fundiária, como é o caso do usucapião e outros, só fariam conferir às terras reivindicadas o status de terras parcelares, individuais, sem o caráter jurídico de propriedade comum, indivisível, fundamentada em elementos étnicos, políticos e culturais como de ocupação histórica e resistência ancestrais, religião, territorialidade, usos e costumes. De quilombolas, comunidades marcadas étnica e culturalmente por uma história e ancestralidade específica, transformar-se-iam, de um salto, em uma massa de trabalhadores rurais lutando no âmbito inesperado da reforma agrária.

Mais do que isso, tal deslocamento obrigaria o enquadramento da pluralidade de territorialidades negras nos quadros estreitos dos tipos clássicos de cadastramento da terra usados pelo INCRA, tais como, **imóvel rural e estabelecimento**. (...)

⁵¹ BRAND, Antônio. Mudanças e continuísmos na política indigenista pós-1988. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs). Estados e Povos Indígenas: Bases para uma nova política indigenista II. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002, p. 31.

⁵² SILVA, René Marc da Costa, Ação e Debate: política e gestão pública. Fortaleza: INESP, 2009, p.48.

São terras que se caracterizam por serem propriedade coletiva, de uso comum e variedade de culturas, indivisíveis e indisponíveis para venda.⁵³

Podemos dizer então que, o que se tem hoje é uma grande contradição entre garantias referentes aos direitos indígenas e o não reconhecimento desses direitos. Esse não reconhecimento está evidenciado em propostas contrárias aos interesses indígenas e que acabam ficando em segundo plano para que outros projetos possam ser aprovados.

Deixando entender então que, o pós-colonial tratado aqui não é definido apenas por etapas ou períodos de tempos em que deixa de existir antigas relações para dar início a relações novas. Essa transição de colonial para pós-colonial é definida como um processo longo e diferenciado, onde o pós-colonial ainda se caracteriza eivado de elementos coloniais de poder em relação aos índios e as suas comunidades indígenas.

Ramos acrescenta que,

As propostas de emenda constitucional alterando o artigo 231 somam cinco no Senado Federal e 16 na Câmara dos Deputados. A maioria delas propõe limitar a extensão de cada estado passível de ser reconhecida como terra indígena ou estabelece como competência do Congresso a demarcação das áreas. Todas guardam em si um questionamento de fundo sobre o direito à terra e a intenção de incluir o Congresso como instância reguladora dos procedimentos de reconhecimento previstos na Constituição. A mais recente, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 38, de autoria do senador Mozarildo Cavalcanti (PFL-RR), inclui os dois dispositivos. A proposta original limita em 30% a área de cada unidade da federação passível de ser reconhecida como terra indígena ou unidade de conservação. O relator da matéria, senador Amir Lando (PMDB-RO), “aumentou” esse limite para 50%. Além disso, prevê que a homologação das terras indígenas seja feita pelo Senado Federal. A discussão dessa proposta de emenda constitucional evidencia um padrão de atuação da bancada amazônica do Congresso no que tange aos assuntos indígenas.⁵⁴

Estas pequenas lacunas estão espalhadas pelo texto, e compete aos juristas e aos povos indígenas, tanto quanto à sociedade nacional exigir uma interpretação segundo os

⁵³SILVA, René Marc da Costa, *Ação e Debate: política e gestão pública*. Fortaleza: INESP, 2009, p.49.

⁵⁴RAMOS, Adriana. Os índios e o novo Congresso Nacional. In: LIMA, Antonio Carlos e Souza e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs). *Além da Tutela: Bases para uma nova política indigenista III*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002, ps. 35 e 36.

princípios maiores da Constituição e da sociedade organizada, que privilegiam o coletivo e impõem à propriedade e ao patrimônio individuais a subordinação, não necessariamente indenizável, aos interesses coletivos. Essas lacunas muitas vezes fazem parecer que não houve ruptura e que o sistema jurídico continua a ser protetor da propriedade absoluta e da integração dos povos indígenas, como indivíduos, à sociedade envolvente, negando a existência de direitos coletivos.⁵⁵

Essas brechas da Constituição, no entanto, vão além das lacunas: em ao menos dois momentos, seu texto dá margem a interpretações que podem valorizar princípios já superados, como a prioridade da propriedade privada individual sobre a coletiva. No primeiro momento, confunde ou permite que intérpretes influenciados pelo velho sistema confundam produtividade com função social da propriedade, fazendo com que a produtividade - por sua vez confundida com rentabilidade -, passe-se por função social da propriedade, de conotação evidentemente social e coletiva, tornando ineficaz a subordinação da propriedade privada individual a sua função social e, portanto, coletiva. No segundo, depois de conceituar a terra indígena com precisão e abrangência segundo os usos e costumes do próprio povo, entrega à União a competência de demarcá-las. Os privatistas interpretam essa competência como a capacidade da União (e não da Constituição) de determinar os limites da terra indígena.⁵⁶

Mais uma vez, mostra-se aqui, uma legislação importante, mas que ainda deixa a desejar nas questões referentes aos direitos das comunidades indígenas, pois essa Constituição, apesar de abordar temas e trazer regulamentações que ainda não tinham sido

⁵⁵ MARÉS, Carlos. As novas questões jurídicas nas relações dos estados nacionais com os índios. In: LIMA, Antonio Carlos e Souza e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs). Além da Tutela: Bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002, p. 51.

⁵⁶ MARÉS, Carlos. As novas questões jurídicas nas relações dos estados nacionais com os índios. In: LIMA, Antonio Carlos e Souza e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs). Além da Tutela: Bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002, p. 51.

feitas nas legislações pretéritas, não problematiza à tutela; sequer faz menção direta a esse instituto, o que não significa que a tutela do Estatuto do Índio não tenha sido recepcionada por ela. Inclui-se nesta questão a recepção da norma do Estatuto que dá a administração do patrimônio indígena à FUNAI. Ou seja, embora essa norma tenha sido recepcionada, ela ainda não se mostra suficiente.

2.2 O processo de regularização fundiária das Terras Indígenas

A demarcação da terra indígena é uma questão muito mais relevante do que apenas a discussão da delimitação de um território. O território indígena é concebido como muito além de um recurso natural, é um recurso sócio-cultural aos índios, pois cada grupo mantém sua individualidade, possuindo um modo diferente de se relacionar, de produzir, de desenvolver suas crenças e de manter sua moradia.

Cordeiro afirma que,

O conceito de território está necessariamente ligado à história cultural do grupo, a seu universo mitológico, às relações de família, ao conjunto das interações sociais, e ao sistema de alianças políticas e econômicas entre aldeias de um mesmo grupo. Reduzir esse território significa desarticular toda a trama que sustenta a vida cultural. A garantia da terra é nesse sentido a única maneira de assegurar a sobrevivência dos índios como grupos culturalmente autônomos e etnicamente diferenciados da sociedade nacional. Na falta de um território em dimensões adequadas à reprodução de seu modo original de vida, os grupos indígenas transfiguram-se rapidamente, sofrem com maior impacto as interferências culturais e econômicas da sociedade envolvente, sucumbem à destribalização e, com a perda de identidade étnica, tendem a ser absorvidos entre as camadas marginais e pauperizadas da população vizinha.⁵⁷

⁵⁷ CORDEIRO, Enio. Política Indigenista Brasileira e Promoção Internacional dos Direitos das Populações Indígenas. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999, p. 90.

A nova Constituição estabeleceu que os direitos coletivos territoriais indígenas são originários, ou seja, nasceram antes da própria Constituição, pertencendo à categoria de direitos naturais e não necessitando de lei para terem vigência e reconhecimento. Ordenou também que se reconheça o território indígena pelo reconhecimento do povo que detém o direito, o que significa que são os usos, costumes e tradições indígenas que marcam os limites de seu território nesses quatro elementos: terras habitadas, utilizadas, imprescindíveis à preservação da natureza e necessárias ao bem-estar e reprodução física e cultural do grupo. Dessa forma, qualquer regulamentação terá de dispor nos limites desse comando constitucional. O procedimento demarcatório não pode estabelecer outro critério que não sejam os quatro elementos verificados segundo os usos, costumes e tradições do próprio povo.⁵⁸

O reconhecimento do direito de preservação do território indígena é bastante recente, surgindo com a Constituição de 1988, mas pode-se dizer que antes mesmo da atual Constituição, era o Estado que escolhia e demarcava as terras indígenas, gerando a fixação de povos em terras que nem sempre correspondiam a seus territórios, liberando outras terras para a exploração ou uso público, como na construção de estradas, instalação de pistas de pouso, ou de projetos desenvolvimentistas.

Conforme preceitua a nova Constituição, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União. Destinam-se à posse permanente pelos índios, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Além disso, ao aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com a autorização do

⁵⁸ MARÉS, Carlos. As novas questões jurídicas nas relações dos estados nacionais com os índios. In: LIMA, Antonio Carlos e Souza e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs). Além da Tutela: Bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002, p. 53.

Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada a participação nos resultados da lavra, na forma da lei. São nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas por terceiros, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado o relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar. As terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, e os grupos indígenas não podem ser removidos de suas terras, salvo em casos de catástrofe, epidemia ou no interesse da soberania do país, sendo necessário, conforme o caso, o referendo ou a aprovação prévia do Congresso Nacional.⁵⁹

Segundo Veiga Rios,

A partir de 1988, com o advento da nova Constituição, verificou-se uma aceleração no processo de demarcação de terras indígenas, não só pela determinação constitucional de que ela fosse concluída pela União Federal em cinco anos (art. 67 do ADCT), mas também pela ação do Estado em promover o resgate histórico do direito dos índios às terras que lhes resta ocupar, sem esquecer a relevante atuação das organizações e comunidades indígenas, que passaram a contar com o apoio sistemático do Ministério Público Federal, a quem a Constituição destinou a atribuição de “defender judicialmente direitos e interesses das populações indígenas” (cf. art. 129, inciso V).⁶⁰

O processo de demarcação das terras indígenas, após a Constituição de 1988 passou a ser regulado pelo Decreto nº 22, de fevereiro de 1991, e a partir de 1996 pelo Decreto nº 1.775, que apresenta o procedimento demarcatório em seis fases, **identificação e delimitação; aprovação e publicação; contestação; decisão e demarcação; homologação** e por fim o **registro**.

Segundo Ferrari Leite,

⁵⁹ CORDEIRO, Enio. Política Indigenista Brasileira e Promoção Internacional dos Direitos das Populações Indígenas. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999, p. 93.

⁶⁰ RIOS, Aurelio Veiga. Terras indígenas no Brasil: definição, reconhecimento e novas formas de aquisição. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs). Além da Tutela: Bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002, p. 69.

A fase de identificação é a base de todo o processo de regularização das terras indígenas. Etapa inicial do processo é a partir de seus resultados e da proposta de limites aí preparada que irá pautar-se todo o processo de regularização da terra⁶¹.

É através de estudos antropológicos e complementares, que irão caracterizar e fundamentar a terra como tradicionalmente ocupada pelos índios, e apresentar elementos, visando à posterior demarcação e regularização da terra.

O estudo do antropólogo fundamenta o trabalho do grupo técnico especializado, que realizará estudos complementares de natureza etnohistórica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental, além do levantamento fundiário, com vistas à delimitação da terra indígena. O grupo deverá ser coordenado por um antropólogo e composto preferencialmente por técnicos do quadro funcional do órgão indigenista. Ao final, o grupo apresentará relatório circunstanciado à FUNAI, do qual deverão constar elementos e dados específicos listados na Portaria nº 14, de 09/01/96⁶², bem como a caracterização da terra indígena a ser demarcada.⁶³

A segunda fase (**aprovação e publicação**) traz que, se aprovado um resumo do relatório acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, deve ser publicado em quinze dias no Diário Oficial da União, nos diários oficiais dos Estados onde se localiza a área sob demarcação, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel. Da publicação contam-se noventa dias para precluir o direito de Estados e Municípios em que se localize a terra sob demarcação e demais interessados de apresentar contestações ao procedimento perante o órgão indigenista. A contestação pode conter todas as provas e alegações jurídicas e de fato, incluindo títulos dominiais, laudos periciais, pareceres,

⁶¹ LEITE, Jurandyr Carvalho Ferrari. A identificação de terras indígenas. In: KASBURG, Carola e GRAMKOW, Márcia Maria (orgs). Demarcando Terras Indígenas; experiências e desafios de um projeto de parceria. Brasília: FUNAI; PPTAL; GTZ, 1999, p. 102.

⁶² “Estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas a que se refere o parágrafo 6º do artigo 2º, do Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996”.

⁶³ Como é feita a demarcação hoje? Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/terras-indigenas/demarcacoes/como-e-feita-a-demarcacao-hoje>. Acesso em 22 setembro de 2010.

declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório.⁶⁴

É nesta fase que se produz a principal peça para a justificativa e fundamentação de uma terra indígena, para efeito de demarcação e regularização oficial desta.

A terceira fase (**contestação**) consiste na manifestação de todo interessado, inclusive estados e municípios, a apresentar devidamente suas razões e provas, com o fim de pleitear indenização ou demonstrar vícios existentes no relatório.

É a Funai quem deve elaborar pareceres sobre as razões de todos os interessados num prazo de sessenta dias, encaminhando depois o procedimento ao Ministro da Justiça.

A quarta fase (**decisão e demarcação**) consiste na verdade, apenas na materialização dos limites reconhecidos pela Portaria Ministerial, sendo de responsabilidade da FUNAI, via contratação de empresas.

Villares esclarece que,

Recebendo o procedimento administrativo, em trinta dias, o Ministro de Estado da Justiça poderá desaproveitar a identificação e retomar os autos ao órgão federal de assistência ao índio, decisão que deverá ser fundamentada no não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes. Poderá, também, prescrever todas as diligências necessárias para a regularização de eventuais vícios procedimentais, determinar o esclarecimento de pontos ou acrescentar elementos. As diligências devem ser cumpridas no prazo de noventa dias pelo órgão indigenista.

(...)

Por fim, a terra tradicionalmente ocupada por índios é declarada através de portaria do Ministro de Estado da Justiça, que determina a demarcação administrativa da área. Área que é descrita em estudo cartográfico realizado no procedimento e que indica as coordenadas geodésicas de seus limites, transcritos, ainda que brevemente, no corpo da própria portaria. Esta descrição realizada na portaria é sempre uma descrição aproximada da terra indígena, que carece de confirmação na demarcação física. A portaria

⁶⁴ VILLARES, Luiz Fernando. Direito e Povos Indígenas. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 130.

ministerial tem o efeito declaratório da terra como indígena. Ela não é bastante para reconhecer formalmente o direito do índio a sua terra tradicional, mas simples etapa do procedimento, que se efetiva posteriormente.⁶⁵

É na quinta fase (**homologação**), que a FUNAI prepara o mapa e o memorial descritivo definitivos da terra e os encaminha à Presidência da República, via Ministério da Justiça, para a expedição do Decreto de homologação da demarcação realizada.⁶⁶

O ato de homologação é administrativo, que reconhece a legalidade de todo procedimento, de caráter meramente declaratório e não constitutivo, pois não cria, extingue ou modifica relações jurídicas. Apenas reconhece a nulidade dos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e, a posse das terras em extinção e sua não-produção de efeitos jurídicos. Extingue-se qualquer título de propriedade sobre a área demarcada, que passa a ser um bem da União.⁶⁷

É nesta fase que ocorrerá a autorização para a retirada de ocupantes não-índios da terra indígena, pois o usufruto das terras passa a ser exclusivo dos índios que a habitam, Se houver oposição, os ocupantes deverão ser notificados para que saiam pacificamente, podendo ser usado o poder policial administrativo. O reassentamento deverá ser realizado pelo Incra.

E por último, na sexta fase (**registro**), depois que a terra indígena foi homologada, a FUNAI promoverá em até trinta dias, o registro da área em cartório da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União, incorporando a terra indígena ao domínio da União.

⁶⁵ VILLARES, Luiz Fernando. Direito e Povos Indígenas. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 133.

⁶⁶ MENDES, Artur Nobre. Introdução – Reconhecimento das Terras Indígenas – Situação atual. In: KASBURG, Carola e GRAMKOW, Márcia Maria (orgs). Demarcando Terras Indígenas II; experiências e desafios de um projeto de parceria. Brasília: FUNAI; PPTAL; GTZ, 2002, p. 17.

⁶⁷ VILLARES, Luiz Fernando. Direito e Povos Indígenas. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 134.

De acordo com Santilli,

O rito demarcatório vigente é de natureza complexa e, mesmo supondo-se a existência de vontade política do governo em demarcar e de recursos orçamentários disponíveis, leva meses ou anos para se concluir. E é no curso dos procedimentos demarcatórios que os conflitos tendem a se agravar em função da oposição de interesses contrariados, que procuram impedi-los ou retardá-los.⁶⁸

Em relação ao direito de posse e propriedade, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) reconhece esse direito, além do que, nos casos apropriados, devem ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos de utilizar as terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas que tradicionalmente tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência.

O direito de propriedade sobre as terras que os índios ocupam ou venham a ocupar está disseminado e internacionalmente garantido pela Convenção 169 da OIT, mas para Veiga Rios, existe ainda a necessidade de que se busquem outras formas de aquisição de terras além do procedimento oficial de demarcação, a fim de oferecer alternativas jurídicas e econômicas viáveis às comunidades indígenas, ao poder público, à cooperação internacional, às entidades não governamentais e às pessoas físicas e jurídicas interessadas em garantir um futuro melhor para os povos indígenas do Brasil.⁶⁹

Veiga Rios ainda cita exemplos a essas alternativas, como a aquisição direta pela União Federal, por meio da compra e venda de imóveis rurais contíguos às áreas indígenas já demarcadas, em comum acordo com o proprietário ou proprietário da gleba, na forma do

⁶⁸ SANTILLI, Márcio. Natureza e situação da demarcação das terras indígenas no Brasil. In: KASBURG, Carola e GRAMKOW, Márcia Maria (orgs). Demarcando Terras Indígenas II; experiências e desafios de um projeto de parceria. Brasília: FUNAI; PPTAL; GTZ, 1999, p. 38.

⁶⁹ RIOS, Aurelio Veiga. Terras indígenas no Brasil: definição, reconhecimento e novas formas de aquisição. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs). Além da Tutela: Bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002, p. 78.

Decreto n. 433 de 24 de janeiro de 1992⁷⁰ e feitas as alterações do Decreto n. 2.614 de 1998⁷¹. Outra possibilidade seria a de desapropriação por interesse social de áreas contíguas às terras indígenas, na forma das leis n. 4.504 de 1964⁷², e lei n. 8.629 de 1993⁷³, que também se legitima como meio eficaz para aplinar as agruras das comunidades indígenas reduzidas a glebas ínfimas e sob o risco de ter sua sobrevivência física e cultural ameaçada pela ausência de terra ou dos recursos naturais necessários à sua auto-sustentação.⁷⁴

A questão da demarcação das terras indígenas se constitui como condição necessária e fundamental para a sobrevivência dos índios, pois para eles terra não é apenas território como espaço físico, e sim uma forma de vida.

Não se pode comparar a ocupação da terra indígena com os nossos padrões de propriedade e uso, pois para eles, o uso da terra vai além de um meio de produção, é um espaço com diferentes modos de vida. A terra indígena é terra pra sempre, não podendo se desfazer dela em função de outras alternativas de vida.

Para Souza Filho, a Constituição vigente reconhece aos índios o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, mas esta solução jurídica encontrada tem coerência com todo o sistema jurídico ou propriedade de terra, mas esconde a realidade de um direito muito mais profundo dos povos, que é o direito ao território. O território não pode se confundir com o conceito de propriedade da terra, tipicamente civilista; o território é

⁷⁰ “Dispõe sobre a aquisição de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, por meio de compra e venda”.

⁷¹ “Altera a redação do Decreto nº 433, de 24 de janeiro de 1992, que dispõe sobre a aquisição de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, por meio de compra e venda”.

⁷² “Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências”.

⁷³ “Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal”.

⁷⁴ RIOS, Aurelio Veiga. Terras indígenas no Brasil: definição, reconhecimento e novas formas de aquisição. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs). Além da Tutela: Bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002, ps. 79 e 80.

jurisdição sobre um espaço geográfico, a propriedade é um direito individual garantido pela jurisdição.⁷⁵

Esse processo de regularização fundiária das terras indígenas se mostra muito mais necessário, inclusive, para a sua própria proteção física, pois como define a Constituição, terra indígena é aquela que tradicionalmente tenha sido ocupada pelos índios, ou seja, não há necessariamente um ato constitutivo de terra indígena, pois ela é, e se presume que sempre foi, tendo em vista o direito originário que eles possuem sobre a terra.

Mas como todo direito que é incorporado aos indígenas encontra grandes complicações burocráticas, se não nas próprias legislações ou nas suas aplicações, essa regularização das terras não é muito diferente, pois como enunciado no Estatuto do Índio, o Poder Executivo deveria fazer a demarcação de todas as terras num prazo máximo de 5 anos, ou seja, em 19 de dezembro de 1979, todas as terras deveriam estar demarcadas. Em 1988, a Constituição também traz esse prazo, ou seja, mais uma vez o prazo foi vencido e as situações das terras indígenas, continuam na mesma.

2.3 Identidade étnica na contemporaneidade

Contamos hoje com inúmeras definições de, quem é índio ou o que é populações indígenas, variando o seu conceito conforme o interesse de conhecimento ou a intenção de quem os define.

⁷⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O renascer dos povos indígenas para o direito. 1 ed, Curitiba: Juruá, 2006, p. 122.

Para o Estado, a importância de identificar um indivíduo como índio se justifica para que as normas e políticas de proteção sejam concretizadas para um determinado grupo de pessoas elencadas como suas destinatárias. Ou seja, a definição, seja ela acadêmica ou legal, delimita o campo de estudo de uma ciência ou o alcance das normas e políticas públicas.⁷⁶

De acordo com Kayser,

Para o emprego jurídico no Brasil, o conceito de índio foi estabelecido por uma definição legal. Embora a Constituição brasileira de 1988 utilize continuamente o conceito de índio, ou respectivamente de índios, ela própria não contém qualquer definição. Esta se encontra, todavia, no Direito Administrativo. O Estatuto do Índio (EdI – Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973), cuja reforma não foi obtida nos últimos vinte anos, e que portanto continua tendo validade, desde que não esteja em contradição com a Constituição brasileira de 1988, cita em seu artigo 3:

“Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as seguintes definições a seguir discriminadas:

I – Índio ou Silvícola – É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana, que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico, cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”.⁷⁷

Também se encontra no Estatuto do Índio a definição de comunidade indígena ou grupo tribal, que é um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo, estarem neles integrados.⁷⁸

Entende-se então, que o conceito para populações indígenas, grupos tribais ou até mesmo comunidades indígenas, como define o Estatuto, não abrange somente um grupo grande de indígenas, mas também pequenas unidades, e até mesmo índios isolados, não importando as suas formas de organização ou determinadas extensões de terra.

⁷⁶ VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 28.

⁷⁷ KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*; tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 36.

⁷⁸ Artigo 3º, II, da Lei 6001/73.

Estima-se que no Brasil hoje vivem cerca de 230 povos indígenas, falantes de mais de 180 línguas diferentes, e que estão distribuídos em milhares de aldeias situadas por todo Brasil, divididos em 655 Terras Indígenas.

Conforme informações do Instituto Socioambiental (ISA), a população indígena no Brasil atual está estimada em 600 mil indivíduos, sendo que deste total cerca de 450 mil vivem em Terras Indígenas (e, em menor número, em áreas urbanas próximas a elas), enquanto outros 150 mil encontram-se residindo em diversas capitais do país. É importante ressaltar que o censo populacional realizado em 2000 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) indicou que a parcela da população brasileira que se auto-declarou genericamente como "indígena" alcançou a marca de 734 mil pessoas.⁷⁹

Segundo o Conselho Indigenista Missionário (CIMI) e o censo do IBGE, segue abaixo um quadro com as informações das populações indígenas com suas respectivas terras tradicionais, demarcadas ou não, vivendo em 24 Unidades da Federação, de um total de 27.⁸⁰

UF	População	% do total
Acre (AC)	8.009	1,09
Alagoas (AL)	9.074	1,24
Amapá (AP)	4.972	0,68
Amazonas (AM)	113.391	15,45
Bahia (BA)	64.240	8,75
Ceará (CE)	12.198	1,66
Distrito Federal	7.154	0,97
Espírito Santo (ES)	12.746	1,74
Goiás (GO)	14.110	1,92
Maranhão (MA)	27.571	3,76

⁷⁹ Povos Indígenas no Brasil. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/no-brasil-atual/quem-sao/introducao>. Acessado em: 18/08/2010

⁸⁰ Conselho Indigenista Missionário. Povos Indígenas no Brasil. Informações gerais, 2004. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/?system=news&action=read&id=456&eid=292>. Acessado em: 18/08/2010

Mato Grosso (MT)	29.196	3,98
Mato Grosso do Sul (MS)	53.900	7,34
Minas Gerais (MG)	48.720	6,64
Pará (PA)	37.681	5,13
Paraíba (PB)	10.088	1,37
Paraná (PR)	31.488	4,29
Pernambuco (PE)	34.669	4,72
Piauí	2.664	0,36
Rio de Janeiro (RJ)	35.934	4,89
Rio Grande do Norte	3.168	0,43
Rio Grande do Sul (RS)	38.718	5,27
Rondônia (RO)	10.683	1,46
Roraima (RR)	28.128	3,83
Santa Catarina (SC)	14.542	1,98
São Paulo (SP)	63.789	8,69
Sergipe (SE)	6.717	0,91
Tocantins (TO)	10.581	1,44
Total	734.131	100

Existe uma grande dificuldade em se computar dados sobre a questão indígena no Brasil, tendo em vista não existir um censo específico sobre as populações indígenas. Essa contagem de dados indígenas tem sido feita de várias maneiras, ou seja, juntando informações oferecidas pelo IBGE, pela FUNAI ou FUNASA, e pelo CIMI ou pelo ISA. Essas informações apontam para estimativas globais, uma pesquisa que nem sempre tem sido fácil, pois são vários os critérios de censo de cada colaborador, assim como as diferentes datas empregadas em cada pesquisa.

Como esclarece a antropóloga Azevedo,

Estudar as sociedades indígenas do ponto de vista demográfico envolve dificuldades de duas origens distintas. De um lado, a falta de dados confiáveis: na maioria dos casos, consegue-se uma cifra de população total por uma determinada área geográfica, sem caracterização por sexo, idade, número de mortes por idade e número de filhos nascidos vivos por idade da mãe, para citar as principais variáveis demográficas. Por outro lado, a metodologia da análise demográfica disponível é adequada para populações

de grande porte, o que não é o caso da maior parte dos povos indígenas residentes no Brasil de hoje. A questão gerada pelo segundo caso pode ser contornada com um acúmulo de dados históricos ou com processos de correção e adequação estatística que ainda não foram muito testados ou usados para o caso brasileiro.⁸¹

Estima-se que no século XVI a população indígena era de 2 a 4 milhões de pessoas, divididas em mais de 1000 povos diferentes, desaparecendo só na primeira metade do século XX mais de 80 povos indígenas. Estas estimativas são feitas através de análises demográficas e antropológicas de populações indígenas de diferentes regiões, que após um longo período de perdas populacionais geradas pelas guerras, epidemias e pelos processos de escravização, começam a se recuperar demograficamente, constatando-se que a média de crescimento dos povos indígenas seria de 3,5% ao ano, muito mais do que a média de 1,6 % estimada para o período de 1996 a 2000 para a população brasileira em geral.⁸²

Os números para a totalidade da população brasileira registram um crescimento contínuo. O Brasil tem hoje cerca de 186 milhões de habitantes, a quinta maior população do mundo. Kayser esclarece, que considerando-se os números absolutos, enquanto a população indígena diminuiu consideravelmente, a totalidade da população brasileira teve um desenvolvimento exatamente oposto. A razão para isso é que, desde o ano de 1500, os indígenas não apenas não formaram parte do crescimento geral da população, como também, ao contrário, registraram um decréscimo populacional dramático. Esses números somente podem ser esclarecidos, em parte, pela miscigenação com outros grupos populacionais brasileiros, mas sobretudo pelo extermínio sistemático a que essa população foi submetida desde então. O desenvolvimento demográfico constatado desde 1500 pode ser explicado portanto, pelo extermínio e pela extinção de grande parte dos povos e grupos indígenas.

⁸¹ AZEVEDO, Marta. Diferentes estimativas. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/no-brasil-atual/quantos-sao/diferentes-estimativas>. Acesso: 16 de agosto de 2010.

⁸² Povos indígenas no Brasil. No Brasil Atual – quantos eram? Quantos serão? Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/no-brasil-atual/quantos-sao/quantos-eram-quantos-serao>. Acesso em 20 de agosto de 2010.

Somente no período entre 1900 e 1957, foi registrada a extinção de oitenta e sete etnias indígenas no Brasil. Mesmo atualmente, doze povos indígenas do Brasil estão ameaçados de extinção.⁸³

A grande diversidade encontrada de povos indígenas no Brasil traz diferentes critérios para a sua divisão em determinados esquemas de classificação. São dois os de mais importância, sendo eles o critério lingüístico e o cultural, sendo este último dividido em duas formas. A primeira divide os índios em caçadores e coletores, que se tornaram agricultores; aldeias agrícolas da floresta tropical; povos circum caribe, e civilizações andinas. A segunda forma propõe uma divisão de acordo com o grau de contato com a sociedade nacional envolvente, sendo este contato realizado com índios isolados; índios com contato esporádico com a sociedade; grupos com contato permanente com a sociedade e, grupos integrados na sociedade.

No Brasil são conhecidos quatro povos indígenas demograficamente mais significativos, que são os Guarani, os Kaingang, os Ticuna e os Macuxi, que juntos compõem, com uma população de 127.220 pessoas, quase um quarto da população indígena total, entre aproximadamente 225 povos indígenas do Brasil. Em razão de sua importância demográfica, uma parte essencial dos problemas jurídico-indígena do Brasil concentra-se efetiva e juridicamente nesses povos.⁸⁴

⁸³ KAYSER, Hartmut-Emanuel. Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual; tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, ps. 47 e 48.

⁸⁴ KAYSER, Hartmut-Emanuel. Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual; tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 54.

3 A TUTELA INDÍGENA

3.1 Tutela e os regimes tutelares

Desde a época do descobrimento do Brasil, os índios estiveram sob o controle do poder colonial. A tutela, mecanismo pós-colonial perpetuador desse controle, foi pensada para tratar da proteção dos índios, e a partir de 1916 fora estendida relativamente a alguns efeitos da vida civil.

Segundo Carneiro da Cunha,

O trabalho missionário desenvolvido por várias ordens religiosas entre os povos indígenas na América portuguesa pode ser interpretado como uma primeira forma de tutela sobre os índios aldeados: o missionamento desde o século XVI esteve estreitamente vinculado ao projeto colonial do Estado português através do assim chamado Padroado Real, acordo estabelecido entre a Coroa portuguesa e a Igreja Católica, pelo qual as ordens religiosas estariam subordinadas ao Estado em troca do financiamento de seu trabalho nas colônias portuguesas. A tarefa catequética tinha assim por objetivo básico adequar a população indígena às necessidades político-econômicas da empresa colonizadora portuguesa.⁸⁵

Para melhor entendermos sobre a tutela, devemos fazer um retrospecto de como ela surgiu, foi utilizada e evoluiu no Brasil, pois é um tema de tratamento específico, e que é encarado por alguns, como signo da inferioridade indígena.

Barbosa afirma que,

Foi após a Independência do Brasil em relação a Portugal pela Lei de 27 de outubro de 1831 que, ao mesmo tempo em que revogou as cartas régias de 1808, abolindo a servidão dos índios, considerou-os como órfãos, determinando a aplicação das cautelas protetoras constantes do título 88, Livro I das Ordenações. Os artigos 1º e 2º dessa lei dispõe sobre a revogação de Cartas Régias, que haviam declarado guerra a certos grupos indígenas e autorizavam que fossem os prisioneiros submetidos à servidão.

⁸⁵ CUNHA, Manuela Carneiro da. Os Direitos dos índios: ensaios e documentos. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987, p. 103

O Art. 3º dispõe: “Os índios todos ate aqui em servidão serão della desonerados”.

O Art. 4º vem assim redigido: “Serão considerados como orphams, e entregues aos respectivos Juízes, para lhes applicarem as providencias da ordenação Livro primeiro título oitenta e oito”.

É lícito deduzir que a lei considerou como órfãos “todos” os índios que estiveram ate então submetidos à servidão e não todos os índios incluídos, isto é, os que não estiverem em servidão.⁸⁶

A interpretação dessa lei, leva à conclusão de que a tutela deveria ser exclusiva para os índios que foram libertados da lei da servidão⁸⁷, que os classificava como prisioneiros das guerras justas, ou seja, guerras ofensivas dos portugueses contra os índios, e que seriam consideradas sem donos as terras dos índios aos quais tivesse sido declarada guerra e que tivessem sido nelas vencidos.

Já o decreto de 03 de junho de 1833 e o Regulamento 143, de 15 de março de 1842, estabeleciam que os juízes de órfãos deveriam administrar os bens dos índios. O decreto 426, de 24 de julho de 1845, transferiu os dois poderes para o Diretor Geral dos Índios, que tinham a responsabilidade de demarcar as terras indígenas e exercer a proteção das pessoas e dos bens indígenas.⁸⁸

O que se tinha nessa época então, eram dois sistemas tutelares distintos que destinavam-se aos índios aprisionados e que posteriormente haviam sido colocados em liberdade, e o outro dirigido a proteção dos bens de todos os índios, independente das condições que se encontravam.

De acordo com Carneiro da Cunha,

⁸⁶ BARBOSA, Marco Antonio. Autodeterminação: Direito a Diferença. São Paulo: Ed. Plêiade, 2001, ps. 209 e 210

⁸⁷ Carta Régia de 02 de dezembro de 1808: “Sobre a civilização dos Índios, a sua educação religiosa, navegação dos rios e cultura dos terrenos”.

⁸⁸ VILLARES, Luiz Fernando. Direito e Povos Indígenas. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 73.

Desde a Colônia, eram os Ouvidores da Comarca os juizes conservadores dos bens dos índios: tratava-se, em primeiro lugar, de suas terras. Esta era uma tutela toda especial, exercida pelo Poder Público, independente daquela que disciplinava o trabalho. No fundo, como nos Estados Unidos da América, era uma tutela sobre as terras dos índios, com o intuito de que eles não fossem despossuídos.

Uma das origens da confusão mais tarde prevalecente é a junção, em 1833, entendida como transitória, mas que durará um século, das duas tutelas – aquela individual, que se aplicava aos contratos de trabalho, e a coletiva, que protegia as terras dos índios – no mesmo incumbente, o Juiz de Órfãos. Com efeito, ao extinguir-se o cargo de Ouvidor, em 1832, suas atribuições enquanto administrador dos bens indígenas passam, em 1833, transitoriamente, para o Juiz de Órfãos (...).⁸⁹

Nos primeiros anos do século XX em decorrência disso, as sociedades indígenas passam a ser vistas numa perspectiva infantilizadora. Essa perspectiva passou a prescrever sua inserção na civilização por meio da tutela, tutela essa que primeiramente era um instrumento de defesa das terras indígenas, e que passou a ser tratada e pensada de forma equivocada no momento em que propõe infantilizar o índio, ou seja, a cultura indígena não aparece apenas como diferente, mas também como inferior, já que os índios não tinham conhecimento suficiente e nem a compreensão da civilização do país.

Para proteger os “índios” e garantir a sobrevivência dos mesmos diante dos constantes massacres que lhes eram impostos, mas, principalmente, para permitir uma transição da sociedade “índia” para a “não-índia” – já que considerava sua autodissolução na “sociedade nacional” -, fora criado em 1910 o SPILT⁹⁰. Embora este órgão tenha sofrido inúmeras denúncias levando inclusive à sua extinção, por uma parte de tempo representou eficiência para ao menos diminuir o massacre que o contingente indígena vinha sofrendo desde o período colonial. Porém, a proteção dispensada a esses grupos étnicos e o

⁸⁹ CUNHA, Manuela Carneiro da. Os Direitos dos índios: ensaios e documentos. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987, p. 112

⁹⁰ Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais.

reconhecimento estatal, garantindo-lhes a posse coletiva e inalienável de suas terras, foram insuficientes para modificar a concepção assimilacionista do estado.⁹¹

Em seguida à criação do SPI, surge o Código Civil de 1916, que traz talvez a maior ruptura em relação à anterior tradição jurídica, propondo-se a colocar um ponto final na tutela orfanológica, introduzindo um novo conceito de regime tutelar que passa a ser criado por lei, como esclarece Clóvis Beviláqua e Muniz Freire, com a idéia de um regime tutelar especial.

Em relação ao projeto original do Código Civil, sabe-se que os índios não estavam incluídos dentre as categorias arroladas como relativamente incapazes. O jurista e autor do Código Civil, Clóvis Bevilacqua, não considerava os índios, como parte daquela sociedade civil, que deveria se reger pelo Código, já que tinham organização própria. O autor entendia ainda, que as obrigações do Estado para com os índios e suas terras competiam a uma legislação especial, (...).⁹²

Marés concorda com a posição de Beviláqua, e acrescenta que é extremamente frágil a solução jurídica, no direito moderno, de oferecer aos índios uma tutela orfanológica, porque a tutela, desde Roma, passando pelas Ordenações do Reino e chegando ao Código Civil brasileiro, é instrumento de proteção individual, incabível para uma coletividade e, muito menos, para várias coletividades cultural e etnicamente diferenciadas. Os índios

⁹¹ ALBUQUERQUE, Antonio Ulian do Lago. Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 215.

⁹² CUNHA, Manuela Carneiro da. Os Direitos dos índios: ensaios e documentos. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987, p. 114

necessitam de uma proteção que os garanta não só enquanto indivíduos, mas enquanto povos, na relação não só com outros cidadãos, mas com o próprio Estado.⁹³

Os índios só são incluídos na categoria dos relativamente incapazes, quando a discussão do Código chega à comissão Legislativa do Senado, por influência do Senador Rui Barbosa, que revisou o projeto de Beviláqua, através de uma emenda apresentada por José de Mello Carvalho Muniz Freire. Essa emenda, ao que tudo indica, teria sido elaborada por Souza Pitanga, que havia oferecido à Comissão do Código Civil no Senado duas emendas, uma definindo a capacidade civil dos índios, “limitada a um regimen tutelar para as tribus nômades, não incorporadas ainda a civilização occidental”, e outra “assegurando o domínio útil dos territórios por elles occupados, legitimando-se por processo competente a sua posse actual”. As duas emendas elaboradas por Souza Pitanga são interessantes na medida em que dissociam claramente a questão dos direitos territoriais da questão da tutela. Esta era, para ele, algo transitório; aquela, definitiva.⁹⁴

Sucedendo-se ao Código Civil, surge o Decreto 5.484 de 27 de junho de 1928, que veio abolir a tutela orfanológica, substituindo-a pela do Estado, através do órgão de proteção aos índios, na época o SPI, posteriormente substituído, em 1967 pela FUNAI, que passou a exercer desde então as funções de tutora atribuídas pelo Estado.

Explica Kayser que,

O Decreto n.º 5.484 fez uma diferenciação dos índios de acordo com o grau de seu contato com o mundo exterior não-indígena, ao subdividi-los, no artigo 2, em quatro categorias: “1ª. índios nômades; 2ª. índios arranchados ou aldeados; 3ª. índios pertencentes a povoações indígenas; 4ª. índios pertencentes a centros agrícolas ou que vivem promiscuamente com

⁹³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O renascer dos povos indígenas para o direito. 1 ed, Curitiba: Juruá, 2006, p. 98.

⁹⁴ CUNHA, Manuela Carneiro da. Os Direitos dos índios: ensaios e documentos. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987, p. 116.

civilizados”. Todos os atos jurídicos de índios das primeiras três categorias com “indivíduos civilizados” eram nulos. Destas, excetuavam-se apenas os atos em que os índios eram apresentados pelos inspetores competentes do SPI (art. 7). Em oposição aos índios das primeiras três categorias, os pertencentes à quarta categoria tinham a possibilidade de dispor livremente de seus bens pessoais. Além disso, em razão de um atestado do inspetor competente do SPI, podiam ser equiparados aos habitantes de centros agrícolas, e assim, ser liberados da tutela (art. 42).⁹⁵

Marés, ainda esclarece que,

O Decreto de 1928, portanto, sem revogar o Código Civil, já não autoriza mais a se falar em *tutela*, mas em capacidade e nulidade de atos praticados sem a participação dos funcionários responsáveis, o que vale dizer, sem a participação do Estado. Este novo instituto jurídico de caráter público poderia ter ganho um nome próprio, coisa que a lei de 28 não fez, mantendo o nome de tutela e a entregando ao Estado, que a exerceria por meio do SPI – Serviço de Proteção ao Índio.⁹⁶

É somente em 1962, com a redação dada a lei n° 4.121, de 27 de agosto, que o artigo 6° do Código Civil de 1916, se vê acrescido do parágrafo único, que dispõe,

Artigo 6° - São incapazes, relativamente, a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e os menores de vinte e um anos;

II – os pródigos;

III – os silvícolas.

Parágrafo único: os silvícolas ficarão sujeitos a regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do país.

⁹⁵ KAYSER, Hartmut-Emanuel. Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual; tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 284.

⁹⁶ FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. O renascer dos povos indígenas para o direito. 1 ed, Curitiba: Juruá, 2006, p. 101.

De acordo com Villares, a Lei 4.121/62 afastou a tutela do direito de família, remetendo a uma nova regulamentação de um regime tutelar por leis e regulamentos, prevendo ainda sua provisoriedade, até que os índios se adaptassem à civilização do País. Deve ser reconhecido que o regime tutelar ao qual estavam sujeitos os povos indígenas era um regime de direito público, um estatuto jurídico especial, a tratar os índios como indivíduos a serem especialmente protegidos, devido a suas características culturais. O grande problema parece ter sido a teimosia do legislador em manter a denominação de “tutela” a um instituto jurídico *sui generis* que se distancia da tutela prevista no Direito Civil.⁹⁷

Posterior ao Código Civil temos o Estatuto do Índio, Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973, que estabelece, em seu primeiro artigo as suas finalidades, de respeito a preservação da cultura indígena e a integração progressiva dos índios a comunhão nacional.

Em seus artigos 4, e de 7 a 11, o Estatuto traz regulamentações sobre a tutela. Distingue os índios em três categorias de acordo com o grau e a intensidade de contato com a civilização. A primeira categoria é formada pelos índios que vivem isolados, a segunda categoria se refere aos índios em via de integração e a terceira categoria se refere aos índios integrados, ou seja, que quando incorporados a comunhão nacional, ainda conservem os seus usos e costumes, característicos da sua cultura (art. 4).

Nos demais artigos ficam estabelecidos que, serão tutelados os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados a comunhão nacional (art. 7); a nulidade dos atos praticados entre índio não-integrado e pessoas estranhas a comunidade indígena que não tenham assistência da FUNAI (art. 8); e as condições para emancipação individual e coletiva do regime de tutela e a sua declaração (arts. 9 a 11).

⁹⁷ VILLARES, Luiz Fernando. Direito e Povos Indígenas. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 74.

Albuquerque defende a idéia de que,

O “Estatuto do Índio”, elaborado em plena ditadura militar, não compreendeu a tutela de direito público recepcionada pelo Decreto de 1928 e pelo Código Civil de 1916. Confundindo conceitos, atrapalhou-se na forma e acabou regulamentando o regime tutelar previsto na codificação civilista, revogando o Decreto de 1928, com base no princípio da tutela do direito comum, coisa que nem mesmo o Código de 1916 havia feito, muito menos o Decreto de 1928. O Estatuto deveria ter determinado os princípios de direito público, porque os de direito privado pertencem aos direitos de família, além de completamente estranhos aos povos indígenas. Na realidade, a disposição do Título II, Capítulo II do Estatuto do Índio pretendia um retorno à tutela orfanológica.⁹⁸

Conforme o Estatuto, a consequência jurídica da tutela é a nulidade de todos os atos jurídicos que forem praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha a comunidade indígena, quando não houver a esses atos, a devida assistência do órgão tutelar competente.⁹⁹

Kayser esclarece que as regulamentações sobre a tutela no Estatuto do Índio, são a princípio de caráter provisório, ou seja, de acordo com a lei, os índios têm a possibilidade de obter sua liberação e de adquirir a capacidade civil plena.¹⁰⁰

Para Villares,

O Estatuto do Índio, se encarado como a norma regulamentadora da capacidade civil do índio, mostra-se inconstitucional ao prever a tutela dos índios não-integrados. A primeira razão para isso é a impropriedade (ou inconstitucionalidade) da classificação do índio de acordo com o nível de integração à comunhão nacional, sendo a segunda a forma de tratar o índio

⁹⁸ ALBUQUERQUE, Antonio Ulian do Lago. Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 217.

⁹⁹ Artigo 8º, do Estatuto do Índio: São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente. Parágrafo único: Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos.

¹⁰⁰ KAYSER, Hartmut-Emanuel. Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual; tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, ps. 287 e 288.

que tem pleno conhecimento do alcance dos seus atos indistintamente como incapaz.¹⁰¹

Do ponto de vista teórico em relação à tutela, o Estatuto do Índio é considerado como um retrocesso, pois recria a idéia da emancipação e a possibilidade de devolução das terras indígenas ao Estado, justamente por seus titulares perderem a qualidade de índios, já que como preceito principal do Estatuto, é a integração à sociedade nacional.

3.2 A tutela como um elemento pós-colonial

A relativa incapacidade civil dos índios e o regime tutelar a que estavam sujeitos por força do antigo art. 6º, do Código Civil de 1916, e ainda estão por dispositivo do Estatuto do Índio, devem ser entendidos e interpretados à luz da nova Constituição Federal.

De acordo com Albuquerque,

A tutela jurídica aos “índios”, disposta no antigo Código Civil, representou um instrumento político-econômico de dominação e subjugo do estado, maior interessado em controlar os bens das comunidades indígenas, principalmente as riquezas de suas terras e os benefícios que dela advém para uma minoria elitizada. A tutela de todo não é maligna, mas a forma como o legislador e o jurista a imaginaram, usurparam com o real significado do instituto, qual seja: o de amor substitutivo ao do pai, e transformando-a em instrumento de opressão, tratando o tutelado como se fosse um inimigo derrotado.¹⁰²

Com a nova Constituição, na questão indígena observou-se diversas inovações em relação ao Estado e as sociedades indígenas. Inovou, sobretudo ao reconhecer a capacidade processual dos índios, as suas comunidades e organizações para a defesa de seus direitos e interesses, além de ser atribuído ao Ministério Público o dever de garanti-los e de intervir nos

¹⁰¹ VILLARES, Luiz Fernando. Direito e Povos Indígenas. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 60.

¹⁰² ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago. Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, ps. 216 e 217.

processos judiciais, fixando por fim, a competência da Justiça Federal para julgar as disputas sobre os direitos indígenas.

Araújo e Leitão esclarecem que,

Pela primeira vez em nossa história, os constituintes de 1988 consagraram um capítulo específico à proteção dos direitos indígenas, o Capítulo VIII, além de dedicar ao tema outros dispositivos esparsos. A Constituição afastou definitivamente a perspectiva assimilacionista, assegurando aos índios o direito à diferença e não fazendo nenhuma menção ao instituto da tutela. Dessa forma, reconheceu-lhes direitos permanentes e coletivos, entre os quais:

- reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições;
- direitos originários e imprescritíveis sobre as terras que tradicionalmente ocupam, consideradas inalienáveis e indisponíveis;
- posse permanente sobre essas terras;
- usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes;
- uso de suas línguas maternas e dos processos próprios de aprendizagem;
- proteção e valorização das manifestações culturais indígenas, que passam a integrar o patrimônio cultural brasileiro.¹⁰³

De acordo com este novo entendimento, fundamento de uma nova ordem na relação entre Estado e povos indígenas, a Constituição de 1988 dá um comando ao Estado brasileiro, no sentido de que deverá proteger e fazer respeitar todos os bens indígenas. Ou seja, uma autonomia relativa avançada sendo que, pela primeira vez, a lei deixou de afirmar a integração dos índios para reconhecer seu direito de ser o que quiserem ser.

A diversidade cultural das comunidades indígenas se tornou reconhecida como um direito, assegurado nos artigos 231 e 232 da Constituição Federal. Aos índios foi expressamente conferida a legitimação processual, ou a capacidade processual plena, ou seja, a capacidade para propor e contestar ações judiciais em defesa de seus direitos e interesses.

¹⁰³ ARAÚJO, Ana Valéria. LEITÃO, Sérgio. Direitos indígenas: avanços e impasses pós-1988. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs). Além da Tutela: Bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002, ps. 23 e 24.

A Constituição é indubitável quanto à possibilidade dos “índios” ingressarem em juízo para defender os seus direitos, de forma autônoma e sem a assistência da FUNAI. A Constituição assegura também a possibilidade de as comunidades indígenas e das organizações, defenderem judicialmente os seus direitos, ampliando, portanto, o rol dos legitimados a fazer a defesa judicial desses direitos. Dessa maneira, podem os “índios”, enquanto indivíduos, defender os direitos coletivos de suas comunidades, sendo igual direito assegurado às organizações indígenas, que são associações, ou seja, pessoas jurídicas de direito privado.¹⁰⁴

Com o advento na nova carta constitucional, o Estado começou a estruturar, por meio do Ministério Público Federal, uma eficiente rede de atendimentos às demandas jurídicas dos povos indígenas.

Conforme preceitua o artigo 232¹⁰⁵, da CF/88, o Ministério Público deve ser ouvido nas ações judiciais movidas pelas comunidades indígenas, para que emita o seu parecer, tendo em vista a sua atribuição institucional determinada pelo artigo 129, inciso V¹⁰⁶.

Araújo acrescenta que,

No tocante à defesa judicial dos interesses indígenas, as inúmeras iniciativas adotadas pelo MPF perante o Judiciário, ao lado de ações paradigmáticas movidas por organizações não-governamentais, permitiram o estabelecimento de vários precedentes importantes na interpretação e na consolidação dos dispositivos constitucionais. (...).

O trabalho de defesa judicial dos direitos indígenas, levado a cabo por advogados e organizações não-governamentais em geral, passou a contar com a participação do povo indígena interessado no processo de discussão e de formulação da estratégia jurídica a ser adotada para o seu tratamento, o que implica uma via de mão dupla que tem permitido aos índios também se

¹⁰⁴ ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago. Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 213.

¹⁰⁵ Artigo 232: Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressarem em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

¹⁰⁶ Artigo 129, inciso V: São funções institucionais do Ministério Público: V- defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

familiarizarem com os mecanismos de funcionamento do Poder Judiciário brasileiro, instituição até então praticamente desconhecida da maioria dos povos indígenas em nosso país.¹⁰⁷

A Constituição de 1988 estabeleceu uma nova forma de pensar a relação com os povos indígenas em nosso território, reconhecendo serem eles coletividades culturalmente distintas, por isso mesmo detentores de direitos especiais. E com esses avanços constitucionais, Adriana Ramos sustenta sobre a necessidade de revisão da legislação ordinária. Novos temas foram incluídos no debate jurídico relativo aos índios. Desde então, inúmeros projetos de lei têm sido apresentado pelo Executivo e por deputados e senadores, buscando regulamentar dispositivos constitucionais e adequar a legislação aos termos da nova Carta. É o caso especificamente do Projeto de Lei 2.057, de 1991, de autoria, entre outros, do então deputado Aloísio Mercadante, que visa instituir o Estatuto das Sociedades Indígenas. A proposta tem como objetivo adequar a Lei 6.001 - o Estatuto do Índio - aos novos princípios introduzidos pela Constituição Federal. Diversas versões do texto já foram produzidas e levadas à discussão em diferentes situações, sem que fosse viável um consenso. É fato que há discordâncias entre grupos e lideranças indígenas, especialmente no que tange à questão da tutela, mas o estatuto esbarrou também no conservadorismo dos parlamentares, que via de regra tem impedido o avanço de diversas proposições de interesses dos povos indígenas.¹⁰⁸

Villares defende a idéia de que,

Seria adequado que a tutela prevista no Estatuto do Índio fosse adaptada às normas constitucionais, pois, apesar de recepcionada de maneira geral, algumas de suas regras e principalmente muitas das atitudes da sociedade e do Estatuto não são com elas coerentes, pois continuam a restringir a liberdade do índio e das comunidades indígenas. É o caso da aplicação

¹⁰⁷ ARAÚJO, Ana Valéria. Povos Indígenas e a Lei dos Brancos: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, ps. 39 e 40.

¹⁰⁸ RAMOS, Adriana. Os índios e o novo Congresso Nacional. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs). Além da Tutela: Bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002, p. 35.

subsidiária da tutela do Direito Civil, da representação para os atos da vida civil, da emancipação, do não reconhecimento de seus territórios etc. Entretanto, uma nova proteção ao índio, que se desenha em legislação extravagante ao Estatuto do Índio e que deveria ser complementada com um novo estatuto dos povos indígenas, com uma política indigenista mais congruente com a Constituição, não encontrou um consenso mínimo.¹⁰⁹

No Congresso Nacional, contam-se inúmeras oposições aos direitos vigentes ao índio, como por exemplo, o claro objetivo de usurpar a extensão das terras indígenas, sendo sempre propostas de origem de parlamentares contrários aos direitos indígenas. Esses impasses muitas vezes ficam aguardando anos para serem normatizados, gerando assim, uma crise de legitimação, tendo em vista serem poucos parlamentares que dominam o tema, ou não possuem uma opinião formada referente as questões envolvendo os conflitos inerentes aos índios.

Em 2001, ocorreu a aprovação pelo Congresso Nacional do novo Código Civil, oferecendo um tratamento mais progressista aos “índios”, estabelecendo que o tema da sua capacidade para a prática dos atos da vida civil deve ser matéria de lei específica¹¹⁰. A nova codificação extirpou de seu texto a menção à relativa capacidade dos “índios” fixada pelo antigo diploma material civil. O atual diploma nem mesmo utiliza a expressão tutela, e por consequência também varre de seu vocabulário o ultrapassado “silvícola”.¹¹¹

A discussão em relação ao novo Código Civil não atraiu a atenção que comumente recai sobre a tramitação do projeto de revisão do estatuto do Índio. A luta pela defesa dos interesses indígenas e a conquista da cidadania por parte dos “índios” colocam diante dos agentes indigenistas e indianistas uma nova reflexão que urge ser realizada. Trata-se da questão da tutela que, embora não mais praticada nos termos tradicionais, ainda esta de

¹⁰⁹ VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, ps. 75 e 76.

¹¹⁰ Artigo 4º, do CC - São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: Parágrafo único: A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

¹¹¹ ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago. *Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 218.

certa forma presente na relação dos “índios” e seus parceiros, notadamente quando se envolve a manutenção e a defesa do patrimônio indígena, especialmente a salvaguarda da sua integridade territorial.

Assim, a estrutura legal existente atualmente, consideradas as condições em que fora construída, em um estado centralizado, institucionalmente federativo e unitário na prática, antepondo-se aos grupos étnicos de modelo cooperativista, pode ser considerada como aquela que se tornou possível no contexto político em que fora gerada. Entretanto o instituto da tutela não assegurou o exercício dos direitos fundamentais dos povos indígenas, pois fora praticado pelo órgão tutor não como assistência, mas como representação, substituindo a vontade dos povos indígenas pela de seus tutores.¹¹²

Existem atualmente várias propostas que pleiteiam o fim da tutela e a sua conceituação em relação aos índios como relativamente incapazes, sem descurarem da necessidade de um tratamento diferenciado em razão de suas peculiaridades culturais, estabelecendo inúmeros mecanismos de proteção no que diz respeito às relações com particulares e com o próprio Estado.

Sobre estas propostas de substituição do instituto da tutela, Araújo esclarece que muitas estão sendo combatidas, com o argumento de que a FUNAI, criada justamente para fazer o papel de tutor, ficaria condenada ao desaparecimento com o fim do instituto, deixando os índios desprotegidos, embora como já foi dito, praticamente todas as propostas aumentam as competências do órgão indigenista, o que lhe dá possibilidades concretas de

¹¹² ALBUQUERQUE, Antonio Ulian do Lago. Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 221.

reaparelhamento, inclusive com a realização de concursos para a contratação de quadros qualificados, montagem de uma nova estrutura de fiscalização e etc.¹¹³

Ainda como esclarece a autora,

É necessário compreender que o instituto da tutela como concebido pelo Código Civil não é aplicável às populações indígenas, sendo necessário pensar um regime de proteção diferenciado, “que não trate os índios como indivíduos deficientes, mas como pessoas que necessitam de estatuto jurídico especial”. Mesmo porque, na tutela pública, o Estado-tutor não toma decisões em lugar do tutelado, mas ao contrario o auxilia em suas próprias decisões ou, nas palavras de Carlos Marés, “não administra segundo preceitos públicos, mas tão somente assiste a administração dos índios, que evidentemente se rege pelo próprio interesse”. Exatamente por isso, o Estado pode ser responsabilizado objetivamente por eventuais danos causados ao patrimônio de índios e de comunidades indígenas decorrentes do mau exercício dessa tutela, coisa que não ocorre sob o instituto da tutela na forma como está estabelecido no Estatuto do Índio, que só ensejaria responsabilidade se o dano atingisse o patrimônio público.¹¹⁴

A tutela desde o início esteve pautada pela mentalidade assimilacionista, o interesse das sociedades diferenciadas sempre foi sacrificado em função do interesse nacional, mostrando dessa forma que o Estado sempre foi um mau tutor, não importando o período da nossa história política, traduzindo invariavelmente a proteção que lhe cabia aos índios garantir, em arbítrio e imposição de vontade.

Lima e Barroso-Hoffmann mostram que,

Reconhecer o “fim jurídico” da tutela da União sobre os povos indígenas pela Constituição de 1988, portanto, não significa o fim de formas de exercício de poder, de moralidades e de interação que se poderia qualificar de tutelares, nem representa um novo projeto para o relacionamento entre povos indígenas, poderes públicos e segmentos dominantes da sociedade brasileira assumido com clareza pelas instâncias governamentais

¹¹³ ARAÚJO, Ana Valéria. Povos Indígenas e a Lei dos Brancos: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 55.

¹¹⁴ ARAÚJO, Ana Valéria. Povos Indígenas e a Lei dos Brancos: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 56.

responsáveis. Inexiste hoje, no plano da administração pública, uma política indigenista federal, isto é, um planejamento de governo transformado em diretrizes para ação, seja alocado e redistribuindo os recursos captados pelo Estado brasileiro, seja abordando diferentes aspectos da vida dos povos indígenas por meio não só da interlocução com os mesmos, como também de suas “organizações” ou outras formas nativas de gestão política.¹¹⁵

Sendo assim, fica claro que uma nova forma de proteção precisa ser formulada, pautada na necessidade de convivência harmônica de universos culturais diferentes, a que pressupõe normas capazes de garantir os direitos desses povos e a sua autonomia na gestão de modos próprios de vida, impedindo a exploração e a violação de tais direitos, seja por particulares ou pelo próprio Estado.

Araújo argumenta que se tratando da tutela, infelizmente as discussões são sempre iniciadas a partir de uma ótica tendenciosa e pouca esclarecedora para os índios. De um lado, quase sempre vemos debates sendo manipulados pelos interesses corporativos de órgãos governamentais que, por não conseguirem vislumbrar a continuidade de sua existência em uma atmosfera não-paternalista, teimam em defender a manutenção da tutela como a única forma de garantir uma proteção jurídica diferenciada para os índios, fazendo vista grossa para toda a carga de distorção e de preconceito historicamente embutida no instituto. De outro lado, o debate polariza-se nas palavras dos que dizem não mais se justificar qualquer prerrogativa para os índios, deixando claro uma intenção escusa de retirar dos ordenamentos mecanismos de proteção especial. Entre uma e outra posição extremada, o movimento indígena tem tentado buscar um equilíbrio que lhe permita manter a proteção especial e necessária em face das diferenças culturais entre índios e não índios, enquanto afasta o caráter discriminatório de que se revestiu na prática a tutela. Porém, as fórmulas até hoje propostas

¹¹⁵ LIMA, Antonio Carlos de Souza e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs). Questões para uma política indigenista: etnodesenvolvimento e políticas públicas. Uma apresentação. In: Etnodesenvolvimento e Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002, p. 17.

não conseguiram dar conta deste desafio, misturando conceitos de naturezas opostas que dificilmente encontrarão harmonia na sua aplicação.¹¹⁶

Insensatamente reconhecemos que, em pleno século XXI, os índios ainda sejam vistos como cidadãos incapazes de determinarem as suas próprias vontades, dependendo de um órgão de Estado para ser tutelado e encarregado de intermediar as inúmeras relações de contato em que já se encontram efetivamente envolvidos. “A condição de tutelados cerceia sua livre expressão política, a administração direta dos seus territórios, seu acesso aos serviços públicos, ao mercado de trabalho, às linhas oficiais de crédito etc. Além de reduzir a capacidade civil dos índios, a tutela é um obstáculo à autogestão das terras e dos projetos para o futuro dos povos indígenas”.¹¹⁷

¹¹⁶ ARAÚJO, Ana Valéria. Povos Indígenas e a Lei dos Brancos: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 57.

¹¹⁷ ARAÚJO, Ana Valéria. Povos Indígenas e a Lei dos Brancos: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 47.

CONCLUSÃO

A proteção aos direitos indígenas, mesmo com todas as legislações que temos hoje e as que já existiram em nosso país, desde o tempo do Brasil colônia, nos mostra que estamos ainda em dívida com esses povos, em relação aos seus direitos.

Começa no Brasil Colônia, a instituição de várias legislações pertinentes aos povos indígenas. Muitas delas trouxeram grandes inovações, à época, sobre o direito do reconhecimento das terras indígenas.

Outra grande discussão da época, era sobre a capacidade dos índios, surgindo como primeira forma de tutela o trabalho missionário, que era desenvolvido por várias ordens religiosas.

Mesmo com essas legislações que traziam aos índios grandes inovações aos seus direitos territoriais e indígenas, ainda assim surgiam outras tantas leis contrárias, que serviam para diminuir os poderes indígenas, sobre as suas terras e até mesmo sobre os direitos de serem quem eles eram, ou seja, índios com costumes e organizações sociais diferentes da sociedade brasileira.

No período que antecede a nova Constituição, tem-se a construção de uma nova organização nacional com uma nova estrutura política e cultural aos índios. Reconhece nesse período legislações que modificam a forma de tutela aos índios, criando dois órgãos encarregados de cuidar dessa “proteção”, sendo eles o Serviço de Proteção ao Índio e a Fundação Nacional do Índio.

O SPI foi extinto em 1967, quando foi criada a FUNAI, o novo órgão responsável pela tutela aos índios, dentre outras funções também devia garantir a posse permanente das terras habitadas pelos índios e o usufruto exclusivo dos recursos naturais nelas existentes. Esse órgão encontra-se em funcionamento até os dias de hoje. Tanto o SPI quanto a FUNAI, não trouxeram inovação nenhuma a proteção aos direitos indígenas. Dois órgãos instituídos para prestar serviços aos índios e que não mostraram em todos esses anos nenhuma inovação a proteção desses direitos.

Com o fim de tentar conter as críticas que surgiam sobre as políticas indigenistas após a extinção do SPI e a criação da FUNAI, surge o Estatuto do Índio, criado em 1973 e que até hoje não foi revogado, e que trazia como propósito principal a integração dos índios, ou seja, pretendia que os índios deixassem de ser índios para se integrarem a sociedade.

É no período pós-colonial que surge a Constituição de 1988, considerada como um marco em relação aos direitos dos povos indígenas, contendo inúmeras inovações, reconhecendo aos índios o direito de ser índio, de manter a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Reconhece também o direito originário sobre as terras indígenas que tradicionalmente ocupam, rompendo também com a visão do modelo integracionista instituído pelo Estatuto do Índio, assegurando aos índios o direito a diferença e não fazendo menção nenhuma ao instituto da tutela.

Esse período considerado como pós-colonial representa a manutenção de mecanismos, dispositivos de controle, disciplina e dominação das populações indígenas, mesmo após o fim do período colonial.

A nova Constituição Federal pode sim ser considerada como grande inovadora aos direitos indígenas, e prometia uma ruptura com esses mecanismos de dominação, o que, todavia, não aconteceu, ficando desta forma evidenciado a contradição entre as normas do Estatuto do Índio e da nova Constituição.

Embora essa nova Constituição tenha mostrado avanços, ela ainda não traz garantias excepcionais a esses povos, tendo em vista que os órgãos ou agências estatais do Estado, como o INCRA e a FUNAI, continuam operando mesmo na contramão da Constituição, dando um significado diferente do que ela estabelece, no sentido de perpetuação dessa dominação.

Com o fim de regulamentar esses direitos, deve ser feita uma adequação, tanto do Estatuto do Índio com a nova Constituição, quanto dessas agências, preocupando-se em capacitar os servidores públicos lotados nesses órgãos indigenistas, proporcionando a eles meios adequados de estudo, de reflexão e exercício de uma nova prática administrativa, buscando, para tanto a participação ativa dos povos e organizações indígenas, bem como de técnicos, profissionais e entidades dedicadas ao apoio à defesa dos direitos e interesses desses povos.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Antonio Ulian do Lago. **Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ALMEIDA, Rita Heloísa de. **O Diretório dos Índios: um projeto de civilização no Brasil do século XVIII**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

ALMEIDA, Miguel Vale de. **O Atlântico Pardo. Antropologia, pós-colonialismo e o caso “lusófono”**. In: BASTOS, Cristiana (org). **Trânsitos Coloniais: diálogos críticos luso-brasileiros**. Campinas: Editora da Unicamp, 2007.

ARAÚJO, Ana Valéria. **Povos Indígenas e a Lei dos Brancos: o direito à diferença**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

ARAÚJO, Ana Valéria. LEITÃO, Sérgio. **Direitos indígenas: avanços e impasses pós-1988**. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs). **Além da Tutela: Bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002.

AZEVEDO, Marta. **Diferentes estimativas**. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/no-brasil-atual/quantos-sao/diferentes-estimativas>. Acesso: 16 de agosto de 2010.

BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação: Direito à Diferença**. São Paulo: Ed. Plêiade, 2001.

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil**. São Paulo: Ed. Plêiade, 2001.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: vetores constitucionais**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2005.

BRAND, Antônio. **Mudanças e continuísmos na política indigenista pós-1988**. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs). **Estados e Povos Indígenas: Bases para uma nova política indigenista II**. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002.

Como é feita a demarcação hoje? Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/terras-indigenas/demarcacoes/como-e-feita-a-demarcacao-hoje>. Acesso em 22 setembro de 2010.

Conselho Indigenista Missionário. Povos Indígenas no Brasil. Informações gerais, 2004. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/?system=news&action=read&id=456&eid=292>. Acessado em: 18 de agosto 2010.

CORDEIRO, Enio. **Política Indigenista Brasileira e Promoção Internacional dos Direitos das Populações Indígenas**. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estados Estratégicos, 1999.

CUNHA, Manuela Carneiro da (org). **Legislação Indigenista no Século XIX: Uma compilação: 1808-1889**. São Paulo: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os Direitos dos Índios: ensaios e documentos**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987.

FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. 1 ed, Curitiba: Juruá, 2006.

GUIMARÃES, Paulo Machado. **A polêmica do fim da tutela aos índios**. Conselho Indigenista Missionário (Cimi), Brasília, 1996.

HALL, Stuart. **Quando foi o pós-colonial? Pensando no limite**. In: HALL, Stuart e SOVIK, Liv (orgs). **Da Diáspora: Identidades e Mediações Culturais**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Brasília: Representação da Unesco no Brasil, 2003.

JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**: atualizado até 15.03.2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**; tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

LEITE, Jurandyr Carvalho Ferrari. **A identificação de terras indígenas**. In: KASBURG, Carola e GRAMKOW, Márcia Maria (orgs). **Demarcando Terras Indígenas; experiências e desafios de um projeto de parceria**. Brasília: FUNAI; PPTAL; GTZ, 1999.

LOPEZ, Luiz Roberto. **História do Brasil Colonial**. 8. ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1997.

MARÉS, Carlos. **As novas questões jurídicas nas relações dos estados nacionais com os índios**. In: LIMA, Antonio Carlos e Souza e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs). **Além da Tutela: Bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002.

MENDES, Artur Nobre. **Introdução – Reconhecimento das Terras Indígenas – Situação atual**. In: KASBURG, Carola e GRAMKOW, Márcia Maria (orgs). **Demarcando Terras Indígenas II; experiências e desafios de um projeto de parceria**. Brasília: FUNAI; PPTAL; GTZ, 2002.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, João Pacheco. FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A Presença Indígena na Formação do Brasil**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

PEREIRA, Deborah Duprat de B. **O Estado Pluriétnico**. In: LIMA, Antonio Carlos e Souza e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs). **Além da Tutela: Bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002.

Povos Indígenas no Brasil. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/no-brasil-atual/quem-sao/introducao>. Acessado em: 18 de agosto de 2010.

Povos indígenas no Brasil. No Brasil Atual – quantos eram? Quantos serão? Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/no-brasil-atual/quantos-sao/quantos-eram-quantos-serao>. Acesso em 20 de agosto de 2010.

RAMOS, Adriana. **Os índios e o novo Congresso Nacional.** In: LIMA, Antonio Carlos e Souza e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs). **Além da Tutela: Bases para uma nova política indigenista III.** Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil Moderno.** Petrópolis: Vozes, 1979.

RIOS, Aurelio Veiga. **Terras indígenas no Brasil: definição, reconhecimento e novas formas de aquisição.** In: LIMA, Antonio Carlos de Souza e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs). **Além da Tutela: Bases para uma nova política indigenista III.** Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002.

SANTILLI, Juliana (org). **Os direitos indígenas e a constituição.** Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

SANTILLI, Márcio. **Natureza e situação da demarcação das terras indígenas no Brasil.** In: KASBURG, Carola e GRAMKOW, Márcia Maria (orgs). **Demarcando Terras Indígenas II; experiências e desafios de um projeto de parceria.** Brasília: FUNAI; PPTAL; GTZ, 1999.

SILVA, René Marc da Costa. **Estado Pluriétnico, Pluralismo Jurídico e Pós-Colonialismo.** In: **Revista Ação e Debate: política e gestão pública.** Fortaleza: Ano 1, v. 1. INESP, jan./jun. 2009.

SILVEIRA CORRÊA, José Gabriel. **A administração dos índios: as diretrizes para o funcionamento dos postos indígenas do SPI.** In: Souza Lima, Antônio Carlos (org). **Gestar e Gerir: estudos para uma antropologia da administração pública no Brasil.** Rio de Janeiro: Ed. Relume Dumará, 2002.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés (org). **Textos Clássicos sobre o direito e os povos indígenas.** Curitiba: Juruá, 1992.

VAINFAS, Ronaldo. **História do Brasil.** 1. ed. Barsa Planeta, 2009.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas.** Curitiba: Juruá Editora, 2009.